

**VERTEENWOORDIGING IN 'N SUID-AFRIKAANSE MAATSKAPPYREGTELIKE
VERBAND: 'N REGSHISTORIESE EN REGSVERGELYKENDE ONDERSOEK**

DEUR PIERRE JACQUES RABIE

VOORGELÊ TER VOLDOENING AAN DIE VEREISTES VIR DIE GRAAD DOCTOR
LEGUM IN DIE FAKULTEIT REGSGELEERDHEID, DEPARTEMENT
HANDELSREG AAN DIE UNIVERSITEIT VAN DIE VRYSTAAT

DATUM VAN INLEWERING: SEPTEMBER 2008

PROMOTOR: PROF DR JJ HENNING

DANKBETUIGINGS

Ek bedank my promotor, prof dr JJ Henning vir sy leiding en inspirasie.

Ek is baie dank aan my ouers verskuldig. Ek wil hulle bedank vir al hulle liefde en ondersteuning. Dit is uit dankbaarheid aan my ouers dat ek hierdie proefskrif aan hulle opdra.

Ek is baie dank aan Shirley Hyland, sowel as prof dr Elizabeth Snyman-Van Deventer vir al hulle hulp, aanmoediging en ondersteuning met die skryf van hierdie proefskrif verskuldig.

Alle dank en eer aan my Hemelse Vader wat deur Sy genade my in staat gestel het om hierdie studie te voltooi.

**VERTEENWOORDIGING IN 'N SUID-AFRIKAANSE
MAATSKAPPYREGTELIKE VERBAND: 'N REGSHISTORIESE EN
REGSVERGELYKENDE ONDERSOEK**

INHOUDSOPGAWE

HOOFSTUK 1: INLEIDING

1. ONDERWERP VAN STUDIE	1
2. DOEL VAN STUDIE	1
3. UITEENSETTING EN AFBAKENING VAN STUDIE	2
3.1 Inleiding	2
3.2 Die leerstuk van openbaarmaking	3
3.3 Die leerstuk van toegerekende kennis	4
3.4 Die <i>ultra vires</i> -leerstuk	4
3.5 Die statutêre oplossing	6
3.6 Die <i>Turquand</i> -reël	7
3.7 Voorinlywingskontrakte	8
3.8 Estoppel	9
3.9 Samevatting	9
4. TEGNIESE AANGELEENTHEDE	10

**HOOFSTUK 2: AGTERGROND: DIE VERMOË EN VERTEENWOORDIGING VAN 'N
MAATSKAPPY**

1. DOELWIT EN WERKWYSE	11
2. GEMEENREGTELIKE POSISIE	11
2.1 Doelstellingsklousule	11
2.2 Verteenwoordiging	12
3. HUIDIGE REGSPOSISIE	17
3.1 Verteenwoordiging	17
3.2 Volmag	17

3.3 Klasse maatskappyverteenwoordigers	19
3.4 Doelstellingsklousule	24
3.5 Statutêre reëling	25
4. AANSPREEKLIKHEID VAN DIE VERTEENWOORDIGER TEENOR BUITESTANDERS	26
5. AANSPREEKLIKHIED VAN DIE VERTEENWOORDIGER TEENOR DIE MAATSKAPPY	29
6. REGSVERGELYKENDE BLIK	30
6.1 Die posisie in Engeland	30
6.2 Die posisie in die VSA	30
6.3 Die posisie in Australië	33
7. GEVOLGTREKKING EN AANBEVELINGS	34

HOOFSTUK 3: VOORINLYWINGSKONTRAKTE

1. DOELWIT EN WERKSWYSE	35
2. INLEIDING	35
3. POSISIE IN DIE ENGELSE REG	37
3.1 Grondslag	37
3.2 Statutêre ingrype	39
3.3 Aanspreeklikheid ingevolge voorinlywingskontrakte	41
3.4 Bilikheidsremedies by voorinlywingskontrakte	45
3.5 Voorinlywingskontrakte is bindend op partye wat dit sluit	46
3.6 Gevolgtrekking	46
4. POSISIE IN DIE VSA	47
4.1 Gemeenregtelike posisie	47
4.2 Aanvaarding van voorinlywingskontrakte en bedoeling van partye	48
4.3 Opsies wat partye kon beoog	50
4.4 Vertrouensverpligtinge van promotors	53
4.5 Gevolgtrekking	54
5. POSISIE IN AUSTRALIË	54
5.1 Gemeenregtelike posisie	54
5.2 Huidige posisie	55

5.3 Kwytsekelding van promotor se aanspreeklikheid	61
5.4 Gevolgtrekking	62
6. POSISIE IN SUID-AFRIKA	62
6.1 Gemeenregtelike posisie	62
6.2 Statutêre reëlins	70
6.3 Terugwerkendheid	76
6.4 Alternatiewe metodes	77
7. GEVOLGTREKKING EN AANBEVELINGS	78

HOOFSTUK 4: DIE LEERSTUK VAN OPENBAARMAKING

1. DOELWIT EN WERKSWYSE	81
2. INLEIDING	81
3. HISTORIESE ONTWIKKELING	83
4. BELANG EN DOEL VAN OPENBAARMAKING	89
5. WERKING VAN DIE OPENBAARMAKINGSBEGINSEL	90
6. BELANGEGROEPE WAT BESKERMING GENIET DEUR MIDDEL VAN OPENBAARMAKING	92
7. REGSVERGELYKENDE BLIK	92
8. DIE STATUTÊRE AFDWINGING VAN ALGEMEEN AANVAARDE REKENINGKUNDIGE PRAKTYK	95
9. GEVOLGTREKKING EN AANBEVELINGS	97

HOOFSTUK 5: DIE LEERSTUK VAN TOEGEREKENDE KENNIS

1. DOELWIT EN WERKSWYSE	100
2. INLEIDING	100
3. HISTORIESE OORSIG	101
4. OMSKRYWING VAN DIE LEERSTUK VAN TOEGEREKENDE KENNIS	104
5. PRAKTIESE TOEPASSING VAN DIE LEERSTUK VAN TOEGEREKENDE KENNIS	106
6. VERBAND TUSSEN BEGINSELS EN REËLS	107

7. DIE LEERSTUK VAN TOEGEREKENDE KENNIS EN DIE GRONDWET	107
7.1 Inleiding	107
7.2 Artikel 9	109
7.3 Artikel 36 (beperkingsklousule)	111
8. REGSVERGELYKENDE BLIK	113
8.1 Posisie in Engeland	113
8.2 Posisie in die VSA	114
8.3 Posisie in Australië	114
9. GEVOLGTREKKING EN AANBEVELINGS	115

HOOFSTUK 6: *ULTRA VIRES*-LEERSTUK

1. DOELWIT EN WERKSWYSE	117
2. INLEIDING	117
3. GRONDSLAG VAN DIE <i>ULTRA VIRES</i> -LEERSTUK	118
4. DIE REGSGEVOLGE VAN <i>ULTRA VIRES</i> -HANDELINGE	120
5. KRITIEK OP DIE <i>ULTRA VIRES</i> -LEERSTUK	124
6. KOMMISSIES VAN ONDERSOEK	125
7. DIE IMPAK VAN STATURÊRE BEPALINGS	128
7.1 Inleiding	128
7.2 Die doel waarvoor die maatskappy opgerig is	129
7.3 Artikel 36: Spesifieke aangeleenthede	132
7.3.1 Die tipe handeling	132
7.3.2 Volmag van die persoon of persone wat namens die maatskappy optree	132
7.3.3 Die gebruik van die word “direkteure” in artikel 36	132
7.3.4 Kennis van die bevoegdheidsoorskryding	134
7.3.5 Onderskeid tussen binnestanders en buitestanders wat handeling met die maatskappy aangaan	136
8. REGSVERGELYKENDE BLIK	137
8.1 Engeland	137
8.1.1 Inleiding	137

8.1.2 Europese Unie en Engeland voor die inwerkingtrede van die <i>Companies Act</i> van 2006	138
8.1.3 Enkele toepassings van artikel 9(1) van die European Communities Act	140
8.1.4 Die doelstellingsklousule	141
8.1.5 Statutêre wysigings van die <i>ultra vires</i> -leerstuk	142
8.2 Posisie in die VSA	147
8.2.1 Die gemeenregtelike posisie	147
8.2.2 Statutêre ingrype	148
8.2.3 Ander faktore wat die werking van die <i>ultra vires</i> -leerstuk beïnvloed	149
8.2.4 Gevolgtrekking	151
8.3 Die Posisie in Australië	154
8.3.1 Inleiding	154
8.3.2 Toepassing van die “moderne” <i>ultra vires</i> -leerstuk in Australië	155
8.3.3 Statutêre ontwikkeling in Australië sedert 1996	158
9. DIE WET OP BESLOTE KORPORASIES 69 VAN 1984: ‘N MOONTLIKE OPLOSSING?	161
10. GEVOLGTREKKING	163

HOOFSTUK 7: DIE *TURQUAND*-REËL

1. DOELWIT EN WERKSWYSE	166
2. OMSKRYWING	166
3. GESKIEDKUNDIGE OORSIG VAN DIE <i>TURQUAND</i> -REËL	169
3.1 Engeland	169
3.2 Die aanvaarding van die <i>Turquand</i> -reël in Suid-Afrika	171
4. DIE <i>TURQUAND</i> -REËL AS SELFSTANDIGE LEERSTUK	172
5. AFBAKENING VAN DIE TOEPASSINGSVELD VAN DIE <i>TURQUAND</i> -REËL	174
6. VERHOUDING TUSSEN DIE <i>TURQUAND</i> -REËL EN DIE <i>ULTRA</i> <i>VIRES</i> -LEERSTUK	176

7. VERHOUDING TUSSEN DIE <i>TURQUAND</i> -REËL EN DIE LEERSTUK VAN TOEGEREKENDE KENNIS	179
8. BEPREKINGS OP DIE WERKING VAN DIE <i>TURQUAND</i> -REËL	180
8.1 Waar die buitestaander bewus is van die onreëlmatigheid	181
8.2 Agterdogwekkende omstandighede	182
8.3 Vervalsings	183
9. WISSELWERKING TUSSEN DIE <i>TURQUAND</i> -REËL EN ARTIKEL 228 VAN DIE MAATSKAPPYWET	185
10. INVLOED VAN DIE <i>TURQUAND</i> -REËL TEN OPSIGTE VAN REGSPERSONE ANDERS AS MAATSKAPPYE	186
11. ALTERNATIEWE REMEDIES	187
12. REGSVERGELYKENDE BLIK	187
12.1 Engeland	187
12.2 VSA	190
12.2.1 Beamptes	190
12.2.2 Bronne van bevoegdhede	192
12.2.3 Bepaling van omvang van bevoegdhede van beamptes	193
12.3 Australië	194
12.3.1 Aannames	194
12.3.2 Beperking van aannames	196
12.3.3 <i>Australian Capital Television Pty Ltd v Minister for Transport and Communications for the Commonwealth of Australia & Ors</i>	197
12.3.4 <i>Northside Developments Pty Ltd v Registrar-General & Ors</i>	202
13. GEVOLGTREKKINGS EN AANBEVELINGS	204

HOOFSTUK 8: DIE ESTOPPELLEERSTUK

1. DOELWIT EN WERKSWYSE	208
2. INLEIDING	208
3. DIE ONTSTAAN VAN DIE ESTOPPELLEERSTUK	210
4. DIE AANVAARDING VAN DIE ESTOPPELLEERSTUK IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG	210

5. ESTOPPEL IS 'N VERWEER EN NIE 'N AKSIEGROND NIE	218
6. DIE AARD VAN DIE ESTOPPELEERSTUK	219
7. DIE VEREISTES WAT NAGEKOM MOET WORD VIR DIE VERWEER VAN ESTOPPEL OM TE SLAAG	220
8. DIE <i>EXCEPTIO DOLI</i> EN DIE ESTOPPELLEERSTUK	221
9. DIE ESTOPPELLEERSTUK EN DIE <i>ULTRA VIRES</i> -HANDELINGE	225
10. DIE ESTOPPELLEERSTUK EN HANDELINGE WAT <i>INTRA VIRES</i> IS, MAAR IN KONFLIK IS MET DIE HANDELSPRAKTYKE VAN DIE REGSPERSOON	226
11. DIE ESTOPPELLEERSTUK EN DIE <i>TURQUAND</i> -REËL	228
12. GEVOLGTREKING EN AANBEVELINGS	230

HOOFSTUK 9: EKSKURSUS: MAATSKAPPYWETSONTWERP 2007: SEKERE OPMERKINGS IN VERBAND MET VERTEENWOORDIGING

1. DOELWIT EN WERKSWYSE	233
2. INLEIDING	233
3. ALGEMENE VERANDERINGS	235
3.1. Die moontlike afskaffing van beslote korporasies	235
3.2. Herstrukturering van die suid-afrikaanse ondernemingsreg	236
3.3. Nuwe tipes maatskappye	237
3.4. Die bestuur van maatskappye	237
3.5. Die oprigting van 'n maatskappy is elke suid-afrikaner se reg	238
3.6. Die oprigting van maatskappye	238
3.7. Maatskappyfinansiering	239
3.8. Maatskappybestuur	239
3.9. Oornames	240
3.10. "Business Rescue"	240
4. DIE INTERPRETASIE VAN DIE <i>MAATSKAPPYWETSONTWERP</i>	241
5. VOORINLYWINGSKONTRAKTE	244
6. OPENBAARMAKING	250
7. DIE REGSTATUS VAN MAATSKAPPYE	253
8. DIE GELDIGHEID VAN MAATSKAPPYHANDELINGE	254

9. DIE LEERSTUK VAN TOEGEREKENE KENNIS	256
10. DIE <i>ULTRA VIRES</i> -LEERSTUK	259
11. DIE <i>TURQUAND</i> -REËL EN DIE ESTOPPELLEERSTUK	258
12. TITEL EN INWERKINGSTREDE VAN DIE MAATSKAPPYWETSONTWERP VAN 2007	260
13. GEVOLGTREKKING	261

HOOFSTUK 10: GEVOLGTREKKING EN AANBEVELINGS

1. DOELSTELLING EN WERKSWYSE	264
1.1 Doelstelling	264
1.2 Werkswyse	264
2. PERSPEKTIEF	264
3. VOORINLYWINGSKONTRAKTE	266
4. DIE LEERSTUK VAN OPENBAARMAKING	267
5. DIE LEERSTUK VAN TOEGEREKENE KENNIS	269
6. DIE <i>ULTRA VIRES</i> -LEERSTUK	270
7. DIE <i>TURQUAND</i> -REËL	272
8. ESTOPPEL	274
9. SAMEVATTING	276

BIBLIOGRAFIE

1. BOEKE	278
2. ARTIKELS	291
3. SKRIPSIES, VERHANDELINGS EN PROEFSKRIFTE	307
4. VERSLAE	310
5. WETGEWING	313
6. REGSPRAAK	316
7. WEBTUISTE	332

HOOFSTUK 1

INLEIDING

1. ONDERWERP VAN STUDIE

Die onderwerp van hierdie studie is die ontleding van die verteenwoordigingsreg soos dit binne maatskappyregtelike verband aanwending in Suid-Afrika vind. Dit word gedoen deur die onderneming van 'n regshistoriese sowel as 'n regsvergelykende studie. In die regshistoriese studie word die gemeenregtelike¹ posisie ontleed, statutêre bepalinge in hierdie verband bestudeer en moontlike oplossings word voorgestel vir gebreke geïdentifiseer in hierdie vertakking van die Suid-Afrikaanse ondernemingsreg. Die regsvergelykende gedeelte bevat 'n ondersoek na die toepassing van die verteenwoordigingsreg soos dit aanwending vind in korporatiefregtelike verband binne die Anglo-Amerikaanse regstelsels. Spesifieke aandag word geskenk aan die regsposisies in Engeland, Australië en die Verenigde State van Amerika.²

2. DOEL VAN STUDIE

Die doel van die studie is om eerstens die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg, sover dit maatskappye geregistreer in terme van die *Maatskappywet* 61 van 1973³ aanbetref, te evalueer ten einde gebreke te identifiseer en analiseer. Tweedens sal daar gepoog word om deur middel van evaluering deur 'n regsvergelykende studie oplossings vir hierdie gebreke voor te stel.

1 Die gemeenregtelike posisie in Suid-Afrika jeens verteenwoordiging was oorspronklik in wese die erkenning van die Romeins-Hollandse posisie aangaande direkte verteenwoordiging gekoppel aan die omvangryke stel reëls in verband met die verhouding tussen die verteenwoordiger en die prinsipaal. Die verhouding tussen prinsipaal en verteenwoordiger is slegs in breë trekke in die Romeins-Hollandse reg gereël. Daar het 'n sterk behoefte aan die ontwikkeling van die verteenwoordigingsreg in Suid-Afrika ontstaan. Hierdie behoefte het tot gevolg gehad dat daar na die Engelse reg gegryp is, in stede dat daar by kontinentale stelsels (wat 'n nouer verbintenis met die Romeins-Hollandse reg het) vir hulp aangeklop is. Dit het tot gevolg dat alhoewel die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg 'n Romeins-Hollandse basis het, dit sterk deur die Engelse reg beïnvloed is. Hierdie verbastering het tot die verryking van die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg gelei. Daar word ongelukkig verskeie probleme ondervind en die vraag kan baie beslis gevra word of die kool werklik die sous werd was? Sien Joubert 1979:17-18; *Trust Bank van Afrika v Eksteen* 1964 3 SA 402 A; *Baumann v Thomas* 1920 AD 428; *Blower v Van Noorden* 1909 TS 890; *Van Blommenstein v Holliday* 1904 SC 11.

2 Hierna VSA.

3 Hierna Maatskappywet.

Daar is ander studies onderneem oor die unieke verteenwoordigingsreg wat in die maatskappyregtelike konteks aangetref word.⁴ Hierdie studies is egter verouderd en gefragmenteerd. Daar is in al hierdie vorige studies slegs op individuele aspekte van die verteenwoordigingsreg gekonsentreer. Hierdie proefskrif sal poog om die samehang tussen die verskeie leerstukke wat binne die verteenwoordigingsreg aangetref word, in 'n een-en-twintigste-eeuse konteks te evalueer.

3. UITEENSETTING EN AFBAKENING VAN STUDIE

3.1 Inleiding

Daar sal aandag gegee word aan die vermoë van die maatskappy en vervolgens aan die spesifieke verteenwoordigingsbevoegdhede wat binne die maatskappyregtelike konteks aangetref word. Daar sal spesifieke aandag geskenk word aan die regsposisies in Engeland, Australië en die VSA. Die rede waarom hierdie lande vir die studie belangrik is, is vanweë die gedeelde voorgeskiedenis wat hierdie lande met Suid-Afrika het wat die maatskappyereg aanbetref. Soortgelyke probleme as wat in Suid-Afrika ondervind is, is reeds in hierdie lande geïdentifiseer en oplossings vir hierdie probleme is aldaar oorweeg. Die verteenwoordigingsleerstukke wat van toepassing is in Suid-Afrika sal dus in die lig van ontwikkelings in bogenoemde lande onder die loep geneem word.

Die algemene beginsels van die verteenwoordigingsreg vorm die basis vir die verteenwoordiging in maatskappyregtelike verband in Suid-Afrika.⁵ Die verteenwoordigingsreg word egter aangepas in maatskappyregtelike konteks aangesien daar unieke behoeftes in hierdie verband ontstaan het.⁶ Suid-Afrika het dus 'n unieke verteenwoordigingsreg in soverre dit die maatskappyereg aanbetref.⁷ Die uniekheid van die verteenwoordigingsreg kan toegeskryf word aan 'n aantal leerstukke wat uitsluitlik in die regspersonereg ontwikkel het. Daar sal in hierdie studie gepoog word om die samehang wat daar tussen hierdie leerstukke bestaan te ondersoek.

4 Du Plessis 1990; Grobler 1989; Cilliers 1987; Cronje 1977; Oosthuizen 1976 en Joubert 1968.

5 Du Plessis 1991:281-282; Henning 1984:158; Benade 1964:137.

6 Sien Oosthuizen 1976:150 vir 'n bespreking van die behoefte aan 'n eie stel verteenwoordigingsreëls vir die maatskappyereg. Sien ook Joubert 1979:17.

7 Du Plessis 1991:283; Naudé 1971:507-508.

3.2 Die leerstuk van openbaarmaking⁸

Die beginsel van openbaarmaking is geskoei op die idee dat belanghebbende partye beter beskerm word deur openbaarmaking van inligting te vereis, as om streng regulerende en voorskriftelike beginsels in wetgewing te vervat.⁹

Verskeie verteenwoordigingsleerstukke word deur die openbaarmakingsbeginsel beïnvloed. Die vernaamste voorbeelde hiervan is die verhouding wat bestaan tussen die openbaarmakingsbeginsel en die leerstuk van toegerekende kennis.¹⁰ Die openbaarmakingsvereistes wat gestel word by die inlywing van 'n maatskappy. Openbaarmakingsvereistes in gevalle waar die akte en statute van 'n maatskappy gewysig word,¹¹ sowel as waar die maatskappy die publiek nader om aandele of skuldbriewe op te neem.¹² Inligting betreffende die lidmaatskap van die maatskappy is ter enige tyd beskikbaar by die Registrateur van Maatskappye.¹³ Die *Maatskappywet* vereis ook die gereelde publikasie van geouditeerde finansiële state, insoverre dit publieke maatskappye aanbetref.

Die studie van die openbaarmakingsbeginsel in die maatskappyereg is interdissiplinêr. Die juris kan nie bloot die vereistes wat betrekking het op die publikasie van finansiële state soos vervat in die vierde bylae van die *Maatskappywet* aan die rekenmeester oorlaat nie. In dieselfde asem moet dit duidelik gestel word dat die rekenmeester nie bloot kennis kan dra van die bepalinge van die *Maatskappywet* wat oor finansiële state handel en die res van die wet aan die juris oorlaat nie.¹⁴

Verskeie belangegroepes word deur die werking van die openbaarmakingsbeginsel bevoordeel of beskerm. Hierdie groeperings is onder meer potensiële aandeelhouers of beleggers, aandeelhouers, skuldeisers, die maatskappy self en persone wat met die maatskappy kontrakteer.¹⁵ Aanvanklik is die verskaffing van publisiteit as een van die doeltreffendste wyses beskou om wanpraktyke deur maatskappye aan die kaak te stel.¹⁶

8 Vir 'n volledige bespreking van hierdie beginsel, sien hoofstuk 4.

9 Rose 1963:8.

10 Vir 'n volledige bespreking in hierdie verband, sien hoofstukke 4 en 5.

11 Sien Cilliers *et al* 2000:hoofstuk 6.

12 Sien Cilliers *et al* 2000:hoofstuk 17.

13 Sien Cilliers *et al* 2000:hoofstuk 15.

14 Cilliers 1964:203.

15 Sealy 1981:55-56.

16 Hadden 1968:280; Gower 1957:41.

Hierdie tradisionele beskouing is onlangs bevraagteken toe die finansiële wêreld deur die Enron-, Regal-, Xerox- en Worldcom-skandale geskud is. Die rol wat die openbaarmakingsbeginsel in die beperking van hierdie tipe skandale kan speel, sowel as die interaksie wat die openbaarmakingsbeginsel met verskeie ander leerstukke het, sal onder die loep geneem word.¹⁷

3.3 Die leerstuk van toegerekende kennis¹⁸

Die *ultra vires*-leerstuk is aangevul deur die leerstuk van toegerekende kennis ingevolge waarvan elkeen wat met die maatskappy onderhandel (insluitend sy lede) geag word ten volle bewus te wees van die openbare dokumente (waarvan die akte met sy doelstellings deel is) van die maatskappy.¹⁹

Daar bestaan 'n denkrigting dat die leerstuk van toegerekende kennis 'n derde se beskerming onbillik kortwiek in terme van die *Turquand*-reël, sowel as sy potensiële beskerming in terme van die estoppelleerstuk. Daar word ook verder aangevoer dat die leerstuk van toegerekende kennis tot gevolg het dat die derde party se goeie of kwader trou geen invloed uitoefen op die beskerming verleen deur artikel 36 van die *Maatskappywet* nie.²⁰

Die gevolg hiervan is dat die beskermingswaardigheid van die derde, geheel en al ondergeskik gestel word aan dié van die maatskappy. 'n Evaluering van hierdie posisie sal onderneem word en sekere aanbevelings aangaande die leerstuk van toegerekende kennis sal gemaak word.

3.4 Die ultra vires-leerstuk²¹

Die akte en statute vorm 'n kontrak tussen die lede en die maatskappy, en gevolglik kan 'n lid, in sy hoedanigheid as lid, die maatskappy verplig om te hou by sy verklaarde doelstellings.²² 'n Maatskappy ingelyf ingevolge die *Maatskappywet* beskik oor die vermoë waarvoor voorsiening gemaak is in die doelstellingsklousule in

17 Sien hoofstuk 4 vir 'n gedetailleerde bespreking in hierdie verband.

18 Sien hoofstuk 5 vir 'n volledige bespreking van hierdie leerstuk.

19 Die leerstuk van toegerekende kennis is 'n gemeenregtelike leerstuk geformuleer in *Ernest v Nicholls* (1857) 6 HL Cas 401, 10 ER 1351 (veral op 1358) en sedertdien toegepas.

20 Oosthuizen 1978.

21 Sien hoofstuk 6 vir 'n volledige bespreking van hierdie leerstuk.

22 *De Villiers v Jacobsdal Salt Works* 1959 3 SA 873 O.

die akte van oprigting. Enige handeling wat buite die bestek van die doelstellingsklousule geval het was gemeenregtelik tot voor die inwerkingtrede van die *Maatskappywet*,²³ *ultra vires* en gevolglik nietig.

Enige party tot 'n *ultra vires*-transaksie kon hom op die nietigheid daarvan beroep, en aangesien die transaksie nietig was, moes elke party teruggee wat reeds deur prestasie geïen is. Waar teruggawe nie moontlik was nie, is 'n aksie gebaseer op ongeregverdigde verryking in die Suid-Afrikaanse reg erken.²⁴

'n Verteenwoordiger van 'n maatskappy wat 'n *ultra vires*-handeling pleeg is aanspreeklik teenoor die maatskappy vir skade wat die maatskappy as gevolg van die *ultra vires*-handeling gely het.²⁵ Die hof het egter 'n diskresie om direkteure en beamptes te onthef van aanspreeklikheid wat hulle mag oploop.²⁶ 'n Verteenwoordiger van 'n maatskappy kan ook teenoor die ander kontraksparty aanspreeklikheid opdoen, indien dit nie vir die ander party moontlik sou wees om uit die akte af te lei dat die handeling inderdaad *ultra vires* is nie.²⁷ In so 'n geval was die verteenwoordiger se aanspreeklikheid gegrond op die verbreking van 'n waarborg wat hy by implikasie sou gee dat hy die maatskappy sou kon verbind tot die transaksie.²⁸

Die rede vir die skepping van die *ultra vires*-leerstuk was om skuldeisers teen 'n skielike rigtingverandering deur die maatskappy te beskerm. 'n Verdere rede vir die leerstuk was om aan beleggers wat hul geld vir 'n sekere doel bewillig het, beskerming te bied, deurdat hul fondse vir geen ander doel aangewend kon word nie. Die kombinasie van die leerstukke van toegerekende kennis en *ultra vires* is al as 'n "trap for the unwary"²⁹ beskryf.

23 1 Januarie 1974.

24 *Crispette and Candy Co Ltd v Michaelis* 1948 1 SA 404 W:408; *Lodge v Modern Motors Ltd* 1957 4 SA 103 SR:114. In Engeland is spesifieke praktyksreëls geformuleer in onder andere: *Re Birbeck Permanent Benefit Building Society* [1912] 2 Ch 183, 231-232; *Sinclair v Brogham* [1914] AC 398; *Diplock v Wintle* [1948] 2 All ER 318.

25 *Sparks & Young Ltd v John Hoatson* (1906) 27 NLR 634, 644.

26 *Re Claridge's Patent Asphalt Co Ltd* [1921] 1 Ch 543; artikel 248 van die *Maatskappywet* 1973.

27 *Firbank's Executors v Humphrey's* (1886) 18 QBD 54; *Chapleo v Brunswick Building Society* (1881) 6 QBD 696.

28 *Blower v Van Noorden* 1909 TS 890; *Weeks v Propert* (1873) LR 8 CP 427.

29 *In re Jon Beauforte (London) Ltd* 1953 Ch 131.

Die *Maatskappywet* het 'n verkorting van die hoofdoelstelling van 'n maatskappy daargestel, maar ook die effek van die doelstellings van die maatskappy tegelykertyd verbreed. Slegs een hoofdoelstelling word in terme van artikel 33 van die *Maatskappywet* toegelaat. Dit word afgelei uit die feit dat “hoofdoelstelling” in die enkelvoud gebruik word. Daar bestaan groot onsekerheid oor hierdie interpretasie. Dit sal breedvoerig bespreek word.

Die wetgewer het ook voorsiening gemaak vir die outomatiese uitbreiding van die vermoë van die maatskappy deurdat onbeperkte aanvullende doelstellings ter vervulling van die maatskappy se hoofdoelstelling toegelaat word.³⁰ Die aanvullende doelstellings word outomaties van toepassing op die maatskappy, tensy dit uitsluitlik in die akte van die maatskappy uitgesluit word.³¹

Ingevolge artikel 33(2) kan 'n maatskappy 'n swewende hoofdoelstelling hê. Hierdie artikel bepaal voorts dat indien die hoofbesigheid van die maatskappy slegs binne die vermoë van die maatskappy resorteer, aangesien dit onder een van die maatskappy se aanvullende doelstellings tuisgebring kan word, hierdie hoofbesigheid dan outomaties die hoofdoelstelling van die maatskappy word.

Daar is 'n gevaar in hierdie bepaling opgesluit, deurdat 'n derde moontlik mislei kan word deur die hoofdoelstelling van die maatskappy. Dit is dus 'n vreemde bepaling, waarvan die effek egter getemper word deur artikel 36. Die vraag wat nou na vore kom is of 'n handeling nog hoegenaamd *ultra vires* kan wees, aangesien byna alle handelinge onder die aanvullende doelstellings en bevoegdhede ingelees kan word.

3.5 Die statutêre oplossing

Artikel 36 van Wet 61 van 1973 perk die werking van die *ultra vires*-leerstuk in sekere omstandighede in. Die gemeenregtelike leerstuk is egter nie deur artikel 36 afgeskaf nie en gevolglik bestaan die *ultra vires*-leerstuk steeds. Artikel 36 bestaan uit drie dele: Deel een maak die handeling geldig hoewel dit buite die vermoë van die maatskappy is, dit skaf egter nie die *ultra vires*-leerstuk af nie. Deel twee vul die gebrek aan volmag van direkteure aan. Die probleem met hierdie gedeelte is dat daar onsekerheid bestaan oor wat bedoel word met die woord “direkteure”. Beteken dit die direksie? Indien dit die geval is, word die effek van artikel 36 baie gering

30 Artikel 33(1).

31 Artikel 34.

gemaak. Ander moontlike betekenis van die woord “direkteure” sou afsonderlike direkteure, die besturende direkteur of moontlik enige verteenwoordiger van die maatskappy wees. Deel drie bepaal dat die *ultra vires*-leerstuk steeds geld tussen die maatskappy en sy lede of direkteure, of tussen sy lede en sy direkteure.

3.6 Die *Turquand*-reël³²

Een van die belangrikste aanpassings van die verteenwoordigingsreg het plaasgevind onder die invloed van die *Turquand*-reël. 'n Maatskappy word, soos enige ander prinsipaal, gebind indien sy verteenwoordiger oor die nodige volmag beskik om 'n bepaalde regshandeling te verrig. Verteenwoordigers van maatskappye se volmag word dikwels onderhewig gestel aan die nakoming van sekere interne prosedures, maar geen openbaarmaking word normaalweg aan hierdie interne vereistes verleen nie.³³

Kennis aangaande die gestelde vereistes word aan derdes toegeskryf, en daar word dus van hulle verwag om verdere ondersoek in te stel ten einde vas te stel of die voorvereistes inderdaad nagekom is. Die derde se beroep op estoppel word ook bemoeilik aangesien die derde nie maklik sal kan bewys dat die maatskappy 'n skyn verwek het dat die interne vereistes wel nagekom is nie.

Dit is duidelik dat dit 'n onhoudbare situasie sou skep wat onrealistiese eise aan derdes sou stel. Ten einde hierdie situasie te temper het die Engelse howe die *Turquand*-reël geformuleer na aanleiding van die bekende saak *Royal British Bank v Turquand*.³⁴ Dit is 'n billikheidsreël waardeur die ondersoekplig van derdes beperk word tot aspekte waaraan publisiteit verleen is. Ingevolge die *Turquand*-reël is 'n buitestander wat te goeder trou met 'n maatskappy kontrakteer, geregtig om aan te neem dat die interne bestuur van die maatskappy na behore geskied het.

Gevolglik sal 'n maatskappy steeds gebonde gehou kan word indien die verteenwoordiger se volmag juridies gebrekkig was bloot as gevolg van 'n interne onreëlmatigheid. Hierdie reël het in Suid-Afrika inslag gevind en is in verskeie

32 Sien hoofstuk 7 vir 'n bespreking van die *Turquand*-reël.

33 Persone wat met 'n maatskappy onderhandel het byvoorbeeld nie toegang tot die notuleboeke van die maatskappy nie. Pennington 1959:82; Oosthuizen 1978(a):6; McLennan 1979:349.

34 (1856) 6 E en B 327, 119 ER 886.

beslissings deur die howe toegepas.³⁵ Die *Turquand*-reël sal van naderby beskou word en sommige eienaardighede rondom die reël sal uitgelig en bespreek word.

3.7 Voorinlywingskontrakte

Dit is somtyds noodsaaklik om regte vir 'n maatskappy te beding voordat die betrokke maatskappy met regspersoonlikheid bekleed is.³⁶ Hierdie regte word beding deur middel van kontrakte wat voortaan in hierdie studie voorinlywingskontrakte genoem sal word.³⁷ Dit moet egter in gedagte gehou word dat daar ook in hierdie gevalle van rakmaatskappye gebruik gemaak kan word ten einde kontrakte namens maatskappye wat nog nie met hul "finale gewaad" bekleed is nie te beding. Die gedetailleerde bespreking van hierdie aspek val egter buite die bestek van hierdie studie.

'n Maatskappy bestaan nog nie wanneer 'n voorinlywingskontrak gesluit word nie, aangesien 'n maatskappy eers by die registrasie van sy akte en statute ingelyf word, en met regspersoonlikheid bekleed word.³⁸ Dit is voor die hand liggend dat die maatskappy dus nie self 'n party tot die kontrak kan wees nie. 'n Verdere probleem wat in hierdie verband ontstaan, is dat die oprigters ook nie gemeenregtelik as die verteenwoordigers van 'n niebestaande prinsipaal kon optree nie.³⁹

Daar het gevolglik 'n besondere stel reëls ontwikkel om hierdie unieke situasie te bestuur. Daar sal 'n diepte-onderzoek na hierdie reëls onderneem word.⁴⁰

35 *Paddon and Brock Ltd v Nathan* 1906 TS 158; *Welgedacht Exploration Co Ltd v Transvaal and Delagoa Bay Investment Co Ltd* 1909 TH 90; *Legg and Co v Premier Tobacco Co* 1926 AD 132; *Mine Workers' Union v Prinsloo* 1948 3 SA 831 A; *Potchefstroom se Stadsraad v Kotze* 1960 3 SA 616 A; *Wolpert v Uitzigt Properties (Pty) Ltd* 1961 2 SA 257 W.

36 *Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk v NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk* 1970 3 SA 367 A.

37 Sien hoofstuk 3 vir 'n volledige bespreking van voorinlywingskontrakte.

38 Artikel 64(1) van Wet 61 van 1973.

39 *McCulloch v Fernwood Estate Ltd* 1920 AD 204; *Ex Parte Elands Properties (Pty) Ltd* 1945 TPD 37; *Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk v NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk* 1970 3 SA 367 A; *Indrieri v Du Preez* 1989 2 SA 721 C; *Build-a-Brick BK v Eskom* 1996 1 SA 115 O; *Michael v Caroline's Frozen Yoghurt Parlour (Pty) Ltd* 1999 1 SA 624 W.

40 Sien hoofstuk 3.

3.8 Estoppel

Die effek van die leerstuk van estoppel is dat die maatskappy daarvan weerhou sal word om hom op die ware toedrag van sake te beroep indien die derde die volgende kan bewys:

- a) dat die maatskappy met opset of nalatig⁴¹ die wanvoorstelling gemaak het dat 'n agent oor die nodige volmag beskik het om die ooreenkoms namens die maatskappy aan te gaan;
- b) dat die derde as gevolg van hierdie wanvoorstelling gehandel het met die maatskappy;
- c) dat die derde benadeel is as gevolg van sy handeling wat op grond van die wanvoorstelling van die maatskappy aangegaan is.⁴²

'n Volledige bespreking van die estoppelleerstuk val buite die bestek van hierdie studie en derhalwe sal daar slegs na die toepassing van die estoppelleerstuk binne die Suid-Afrikaanse maatskappyregtelike konteks gekyk word. Dit is veral belangrik dat die estoppelleerstuk en die *Turquand*-reël as afsonderlike leerstukke in die maatskappyereg beskou moet word, aangesien die vermenging van hierdie leerstukke al tot grootskaalse verwarring gelei het.⁴³

3.9 Samevatting

Verteenwoordigingsreg in die maatskappyregtelike konteks het heelwat ontwikkeling ondergaan, soveel so dat 'n unieke verteenwoordigingsreg ten opsigte van maatskappye tot stand gekom het. Dit is egter duidelik dat daar steeds vele strydvrage⁴⁴ bestaan en dat heelwat regsontwikkeling nog op hierdie gebied moet

41 Alhoewel die Appèlhof dit in *Johaadien v Stanley Porter (Paarl) (Pty) Ltd* 1970 1 SA 394 A dit duidelik gemaak het dat skuld in die meeste gevalle 'n vereiste vir die aanwending van die estoppelleerstuk is, het die hof dit duidelik gemaak dat skuldlose estoppel erken behoort te word in gevalle waar dit in die belang van die gladde verloop van die handelsverkeer of in die belang van billikheid en geregtigheid is. Die hof bespreek egter nie die presisie inhoud van die riglyne wat in die betrokke saak daargestel is nie.

42 Van der Merwe *et al* 2003:31; Cilliers *et al* 2000:193; Williams 1997:196-197. Sien ook *Insurance Trust and Investments (Pty) Ltd v Mudaliar* 1943 NPD 45; *Big Dutchman (South Africa) (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1979 3 SA 267 W: 282E-H; *B & B Hardware Distributors (Pty) Ltd v Administrator, Cape* 1989 1 SA 957 A; *Saflec Security Systems (Pty) Ltd v Group Five Building (East Cape) (Pty) Ltd* 1990 4 SA 626 E:634I-635G.

43 Sien hoofstukke 7 en 8.

44 Veral artikel 36 het hewige akademiese debat ontlok, alhoewel dit nog nooit deur die howe getoets is nie.

plaasvind. Die vele strydpunte spruit uit die feit dat Engelsregtelike leerstukke gebruik is om gebreke in die gemenerereg aan te vul. Engelsregtelike leerstukke is ook somtyds gebruik om die gemenerereg te wysig.⁴⁵ Hierdie gebruik van Engelsregtelike leerstukke laat die deur oop vir 'n regsvergelykede studie waar die gebruik en selfs latere afskaffing van hierdie leerstukke in ander jurisdiksies van naderby beskou kan word.

4. TEGNIESE AANGELEENTHEDE

Die woordverwerkingsprogram⁴⁶ druk 'n kort strepie tussen die teks en voetnote indien al die voetnote onderaan die spesifieke bladsy gedruk word. Indien die voetnote egter oorloop na 'n volgende bladsy, skei dit die teks en die voetnote deur 'n lang streep op die volgende bladsy.

Die voetnootstelsel van die *Tydskrif vir Regswetenskap* is gebruik. Die sukses van hierdie stelsel hang grotendeels van die volledigheid van die bibliografie af en derhalwe is groot sorg met die voorbereiding van die bibliografie aan die dag gelê. Hofbeslissings is ook by die bibliografie ingesluit.

Daar is gepoog om Suid-Afrikaanse hofbeslissings oor die maatskappyereg volledig te verdiskonteer. Alle hofuitsprake in die voetnote is meestal in kronologiese orde. Verwysings na alle hofsake is soos gerapporteer. Ter wille van konsekwentheid en eenvormigheid is gepoog om op 'n eenvormige wyse na ander bronne te verwys en derhalwe word hierdie bronne ook kronologies aangedui.

45 *Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd* 1964 1 All ER 630 CA; *Trust Bank van Afrika Bpk v Eksteen* 1964 3 SA 402 A; *Wolpert v Uitzigt Properties (Pty) Ltd* 1961 2 SA 257 W; *Baumann v Thomas* 1920 AD 428; *Waterval Estate Gold Mining Co Ltd v New Bullion Gold Mining Co Ltd* 1905 TS 717; *Van Blommenstein v Holliday* 1904 SC 11.

46 Microsoft Word XP.

HOOFSTUK 2

AGTERGROND: DIE VERMOË EN VERTEENWOORDIGING VAN 'N MAATSKAPPY

1. DOELWIT EN WERKSWYSE

Die vermoë en verteenwoordiging van die maatskappy word deur beide die gemenerereg,¹ sowel as verskeie statutêre bepalings gereël. In hierdie hoofstuk sal eerstens die gemenerereg en daarna die huidige regsposisie ten aansien van maatskappye in Suid-Afrika bestudeer word. Die doel van die hoofstuk is om 'n agtergrond te skep waarteen die ontwikkeling van die toepaslike leerstukke in die verteenwoordigingsreg ten aansien van maatskappye beskou gaan word.

2. GEMEENREGTELIKE POSISIE

2.1 Doelstellingsklousule

Gemeenregtelik was 'n maatskappy slegs gebonde aan handeling binne die doelstellings waarvoor die maatskappy ingelyf is.² 'n Verdere vereiste vir die gebondenheid van die maatskappy was dat die persoon wat namens die maatskappy gehandel het behoorlik, daartoe gemagtig moes wees.³ Enige

1 Sien Joubert 1979:17-18; *Trust Bank van Afrika v Eksteen* 1964 3 SA 402 A; *Baumann v Thomas* 1920 AD 428; *Blower v Van Noorden* 1909 TS 890; *Van Blommenstein v Holliday* 1904 SC 11.

2 Blackman *et al* 2002:4-18; Cilliers *et al* 2000:179; Rajak 1995:10; Forde 1992:74; Pennington 1990:91-92; Henning 1984:159; *East Anglian Railways Co v Easton Counties Rail Co* 1851 11 CB 775; *In Re General Provident Assurance Co Ltd* 1869 38 LJ Ch 583; *Ashbury Railways Carriage and Iron Co v Riche* 1875 LR 7 HL 653; *Attorney General v Great Eastern Railway* 1880 5 App.Cas. 473 (HL); *Crispette and Candy Co Ltd v Michaelis* 1948 1 SA 404 W; *Goss v EC Goss & Co Pty Ltd* 1970 1 SA 602 D.

3 Cilliers *et al* 2000:179; Pretorius *et al* 1999:60-66; Gibson en Comrie 1997:296-298; Rajak 1995:12; Henning 1984:155, 159 en 161; Benade 1964:137-138 en 149; *Ashbury Railway Carriage and Iron Co v Riche* 1875 LR 7 HL 653 op 668 kom Lord Cairns tot die gevolgtrekking: "With regard, therefore, to the memorandum of association; if you find anything which goes beyond that memorandum, or is not warranted by it, the question will arise whether that which is so done is *ultra vires*, not only of the directors of the company but of the company itself. With regard to the articles of association, if you find anything which, still keeping within the memorandum of association, is a violation of the articles of association, or in excess of them, the question will arise whether that

handeling *ultra vires* die doelstellings van die maatskappy was dus nietig.⁴ Die *ultra vires*-leerstuk het ontstaan vanweë die analogie wat getref is met 'n maatskappy ingelyf ingevolge 'n eie wet (die sogenaamde “statutory company”). Die statutêre maatskappy het slegs bestaan vir die doel waarvoor die skeppende wet dit tot stand gebring het. Hierdie beginsel is mettertyd verder uitgebrei na maatskappye ingelyf ingevolge 'n algemeen magtigende wet.⁵

Die omvang van 'n maatskappy se vermoë was beperk tot dit wat in die doelstellingsklousule vervat is en derhalwe kon geen persoon namens die maatskappy 'n transaksie aangaan wat buite hierdie vermoë geresorteer het nie. Aangesien die doelstellingsklousule 'n deel vorm van die openbare dokumente, word enige buitestander geag kennis van die bepalings te dra.⁶

2.2 Verteenwoordiging⁷

Verteenwoordiging is 'n verskynsel wat ter sprake kom indien 'n persoon (“die verteenwoordiger”) 'n regshandeling vir of namens of ten behoeve van 'n derde (“die prinsipaal”) verrig.⁸ Die gemeenregtelike posisie in Suid-Afrika jeens verteenwoordiging was oorspronklik in wese die erkenning van die Romeins-Hollandse posisie aangaande direkte verteenwoordiging gekoppel aan die omvangryke stel reëls in verband met die verhouding tussen die verteenwoordiger en die prinsipaal.⁹ Die verhouding tussen die verteenwoordiger en die prinsipaal is slegs in breë trekke deur die Romeins-Hollandse reg gereël, en daar het 'n behoefte aan ontwikkeling in hierdie verband gedurende die negentiende en twintigste eeue ontstaan.¹⁰ Die

is anything more than an act *extra vires* the directors, but *intra vires* the company.” Sien ook *Attorney-General v Mersey Railway Co* 1907 1 Ch 81 HL.

4 Vir 'n meer volledige bespreking van die *ultra vires*-leerstuk, soos toegepas voor 1974, sien hoofstuk 6 asook Benade 1962 en Cilliers *et al* 1982:40-53.

5 Cilliers *et al* 2000:181.

6 Sien hoofstuk 5.

7 Die gedetailleerde bespreking van die gewone verteenwoordigingsbeginsels in Suid-Afrika, val buite die bestek van hierdie werk. Vir 'n bespreking van hierdie beginsels, sien Joubert 1979 sowel as Kerr 1991.

8 Joubert 1979:1.

9 Joubert 1979:17-18.

10 Joubert 1979:17.

behoefte aan die ontwikkeling in hierdie verband word geïllustreer in die uitspraak *Blower v Van Noorden*¹¹:

There are times in the growth of every living system of law when old doctrine and ancient formulae must be modified in order to keep touch with the expansion of legal ideas and to keep pace with the requirements of changing conditions. And it is for the courts to decide when the modifications which time has proved to be desirable are of a nature to be affected by judicial decision, and when they are so important or so radical that they should be left to the legislature.

Gedurende die negentiende en vroeë twintigste eeu is die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg sterk deur die Engelse reg beïnvloed.¹² Hierdie beïnvloeding het soms tot problematiese aspekte gelei, en in ander gevalle die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg verryk.¹³ Die Suid-Afrikaanse Appèlhof het in *Trust Bank van Afrika Bpk v Eksteen*¹⁴ 'n nuwe rigting ingeslaan en dit uitdruklik gestel dat die Engelse reg hoogstens in hierdie verband van regsvergelijkende nut kan wees, en dat Engelsregtelike leerstukke nie bloot in die Suid-Afrikaanse reg oorgeneem mag word nie.

Die verteenwoordigingsbeginsels, soos dit toepassing vind in Suid-Afrika word heel gepas deur regter Botha in *Inter-Continental Finance and Leasing Corporation (Pty) Ltd v Stands 56 and 57 Industria Ltd*¹⁵ uitgestip:

...I proceed to state what I conceive to be the legal principles that can be gathered from the cases and that I am called upon to apply to the facts of the present case. A is bound by an agreement purportedly entered into on his behalf by B with C if B had authority from A to enter into that agreement on A's behalf, or if A is precluded from denying such authority by virtue of the principles of estoppel. Between actual authority and estoppel I can perceive no intermediate situation in which A is bound by B's agreement with C.¹⁶

11 1909 TS 890.

12 Joubert 1979:17.

13 Joubert 1979:17. Sien ook *Van Blommenstein v Holliday* 1904 SC 11; *United South African Association Ltd v Cohn* 1904 TS 733; *Waterval Estate Gold Mining Co Ltd v New Bullion Gold Mining Co Ltd* 1905 TS 717; *Baumann v Thomas* 1920 AD 428 en *Trust Bank van Afrika Bpk v Eksteen* 1964 3 SA 402 A (hierdie sake word in hoofstuk 8 bespreek).

14 1964 3 SA 402 A.

15 1979 3 SA 740 W.

16 748 E-e.

Die regter het egter nie die werking van die *Turquand*-reël in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg in ag geneem nie.¹⁷ Deur die werking van hierdie reël sou A ook gebonde gehou kan word deur C as gevolg van B se optrede, al was daar nie werklike volmag¹⁸ of estoppel betrokke nie.

'n Maatskappy is 'n regs persoon en kan gevolglik slegs aan regsverkeer deur middel van verteenwoordigers of verteenwoordigingsorgane deelneem.¹⁹ Die bevoegdheid van die verteenwoordigers word gewoonlik in die openbare dokumente van die maatskappy gereël. Die statute van die maatskappy belas gewoonlik die direksie met die bestuur van die maatskappy en gevolglik word die direksie ook in daardie hoedanigheid met verteenwoordigingsbevoegdheid beklee.²⁰ 'n Direkteur is nie noodwendig die verteenwoordiger van 'n maatskappy nie, dit moet eers bewys word dat hy oor die bevoegdheid beskik het om as verteenwoordiger op te tree.²¹ Hierdie posisie geld egter nie in die geval van 'n uitvoerende (besturende) direkteur van die maatskappy nie, die bevoegdheid om as 'n agent van 'n maatskappy op te tree val binne die gebruikelike volmag²² van 'n besturende direkteur.²³

Die gemeenregtelike bepalings²⁴ wat geld rakende die aanspreeklikheid van 'n regs persoon in terme van 'n kontrak wat namens die betrokke regs persoon aangegaan is, is die volgende:

-
- 17 Sien hoofstuk 7 vir 'n volledige bespreking van die *Turquand*-reël.
- 18 Regter Botha het die werklike volmag wat verleen moes wees as volg (op 749A-B) verduidelik: "The manner and the circumstances of B's appointment by A, the particular kind of business or professional activities carried on by B, his position and functions, and the usual or customary powers of such a kind of agent as may be proved in evidence, are all but part of the totality of facts from which the further fact of the existence of authority to enter into the agreement in question may or may not be properly inferred."
- 19 Cilliers *et al* 2000:5-6.
- 20 Grobler 1989:14.
- 21 Kerr 1991:92. Sien ook *Rosebank Television & Appliance Co (Pty) Ltd v Orbit Sales Corporation (Pty) Ltd* 1969 1 SA 300 T waar regter Nicholas op 302-303 die volgende opmerkings maak: "A director is not as such an agent of his company...It must be proved that he was authorised to act as the agent. Such authority to bind his company may be inferred from a course of dealing inside the company itself..."
- 22 Sien paragraaf 3.2(b) vir 'n bespreking van hierdie begrip.
- 23 *Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Perpellief* 1978 2 SA 11 T op 15C-D. Die bevoegdheid van 'n besturende direkteur om 'n maatskappy te bind kan egter beperk word, sien Kerr 1991:92.
- 24 Hierdie gewone verteenwoordigings-beginsels geld slegs indien daar geen statutêre bepalings tot die teendeel aanwesig is nie.

- a) dat die regspersoon oor die nodige vermoë en bevoegdheid moet beskik om die betrokke regshandeling te verrig; en
- b) dat die verteenwoordiger van die regspersoon oor die nodige volmag moet beskik ten einde die regspersoon in terme van die spesifieke kontrak te bind.²⁵

Indien die verteenwoordiger nie oor die nodige volmag beskik nie, of hy sy volmag oorskry, of indien die volmag gebrekkig is, is die prinsipaal normaalweg nie gebonde nie. Die prinsipaal sal slegs in een van die volgende drie omstandighede aanspreeklikheid opdoen:

- a) Deur na die sluiting van die ooreenkoms die volmag deur ratifikasie²⁶ of bekragtiging aan te vul. Die verteenwoordiger word dus *ex post facto* met die nodige volmag bekleed en is die posisie asof hy uit die staanspoor oor die nodige volmag beskik het.²⁷
- b) Indien die prinsipaal op 'n skuldige²⁸ wyse die skyn geskep het dat die verteenwoordiger oor die nodige volmag beskik of dat die omvang daarvan groter is as wat werklik die geval is. In hierdie omstandighede word die prinsipaal se aanspreeklikheid op estoppel gebaseer.²⁹

25 Cilliers *et al* 2000:628.

26 Sien Gibson en Comrie 1997:214-218; Kerr 1991:92-111 asook Joubert 1979:141-167 vir 'n volledige bespreking van ratifikasie in hierdie verband.

27 Gibson en Comrie 1997:214; Van Jaarsveld 1974; *McCulloch v Fernwood Estate Ltd* 1920 AD 204 op 207.

28 Alhoewel die Appèlhof dit in *Johaadien v Stanley Porter (Paarl) (Pty) Ltd* 1970 1 SA 394 A duidelik gemaak het dat skuld in die meeste gevalle 'n vereiste vir die aanwending van die estoppelleerstuk is, het die hof dit duidelik gemaak dat skuldlose estoppel erken behoort te word in gevalle waar dit in die belang van die gladde verloop van die handelsverkeer of in die belang van billikheid en geregtigheid is. Die hof bespreek egter nie die presisie inhoud van die riglyne wat in die betrokke saak daargestel is nie. Sien Lubbe 1991:3-4.

29 Gibson en Comrie 1997:212; Kerr 1991:117-119; Joubert 1979:109-122; Naudé 1970:20. Die faktore wat die hof in hierdie omstandighede sal oorweeg, is duidelik uitgestip in *Monzali v Smith* 1929 AD 382 op 385: "To establish agency by estoppel there are two requisites: First, the principal sought to be bound must represent by his words or conduct that the person professing to bind him has authority to do so, and secondly, that the person to whom the profession is made acts on the faith of the representation to his prejudice. The rule is stated in (*Bowstead on Agency*) (4 ed art 88) thus: 'Where any person by words or conduct, represents or permits it to be represented that another person has authority to act on his behalf, he is bound by the acts of such other person with respect to anyone dealing with him as an agent on the faith of any such representation, to the same extent as if such other person had the authority which he was so represented to have.' But the representation, whether by words or conduct, must be of such a nature that it could reasonably have been expected to mislead." Die wanvoorstelling moes deur die prinsipaal self gemaak

c) Deur die werking van die *Turquand*-reël.³⁰

Die gewone verteenwoordigingsbeginsels is aangepas in die maatskappyregtelike konteks.³¹ Die redes hiervoor is eerstens dat die regspersoon as prinsipaal nie self kan handel nie; en tweedens die invloed van die tipiese maatskappyregtelike leerstukke soos die leerstuk van toegerekende kennis en die *Turquand*-reël.³² Die leerstuk van toegerekende kennis bepaal onder meer dat 'n buitestander geag op hoogte te wees van enige beperking op die verteenwoordigingsbevoegdheid van 'n maatskappy se direkteure indien dié betrokke beperking in die openbare dokumente van die maatskappy vervat is. Ook word 'n derde geag op hoogte te wees van enige bevoegdheidsverdeling tussen die verskillende organe van die maatskappy indien hierdie verdeling ook in die openbare dokumente van die maatskappy vervat is.³³

Sekere bevoegdhede word dikwels aan direkteure en ander verteenwoordigers van maatskappye toegestaan, mits daar aan bepaalde interne prosedures voldoen word. Ten einde nie 'n buitestander te belas met 'n ondersoekpilig na die nakoming van interne prosedures waaraan geen publisiteit verleen word nie, is die *Turquand*-reël op grond van billikheidsoorwegings ingevoer.³⁴

wees (*Electrolux Pty Ltd v Khota & Another* 1961 4 SA 244 W). Die prinsipaal sal nie gebonde gehou word indien die verteenwoordiger bloot voorgee dat hy wel oor die nodige volmag beskik het nie (*Strathsomers Estate Co Ltd v Nel* 1953 2 SA 254 E op 257). Die feit of daar inderdaad skynvolmag was, is 'n feitevraag wat op grond van die feite van elke saak vasgestel moet word (*Weedon v Bawa* 1959 4 SA 735 D). Sien ook hoofstuk 8.

30 Sien hoofstuk 7 vir 'n volledige bespreking van die *Turquand*-reël.

31 Sien Oosthuizen 1976:150 vir 'n bespreking van die behoefte aan 'n eie stel verteenwoordigingsreëls vir die maatskappyereg. Sien ook Du Plessis 1991:308; Joubert 1979:17.

32 Grobler 1989:14

33 Vir 'n deeglike bespreking van die leerstuk van toegerekende kennis, sien hoofstuk 5.

34 Vir 'n deeglike bespreking van die *Turquand*-reël sien hoofstuk 7.

3. HUIDIGE REGSPOSISIE

3.1 Verteenwoordiging

Die algemene beginsels van die verteenwoordigingsreg is die fondasie waarop verteenwoordiging in maatskappyregtelike verband in Suid-Afrika plaasvind.³⁵ Die verteenwoordigingsreg word egter aangepas in maatskappyregtelike konteks aangesien daar unieke behoeftes in hierdie verband ontstaan het.³⁶

3.2 Volmag

'n Verteenwoordiger van 'n regspersoon moet oor die nodige volmag beskik om die regspersoon ingevolge die spesifieke kontrak wat hy namens die regspersoon sluit, te bind.³⁷ Daar is vier verskillende vorme van volmag in die Suid-Afrikaanse reg, naamlik: (a) uitdruklik verleende werklike volmag; (b) gebruikelike volmag; (c) stilswyend verleende werklike volmag en (d) skynvolmag.³⁸ Hierdie vier verskillende verskyningsvorme van volmag sal vervolgens afsonderlik bespreek word:

(a) Uitdruklik verleende werklike volmag

Hierdie vorm van volmag is baie algemeen en veroorsaak nie probleme nie. Volmag kan op twee wyses uitdruklik verleen word, naamlik skriftelik of mondelings. Dit is 'n feitevraag of hierdie tipe volmag inderdaad verleen is, en moet op grond van die feite van elke saak bepaal word.³⁹

(b) Stilswyend verleende werklike volmag

Dit is nodig om die gebruikelike volmag van 'n verteenwoordiger vas te stel, voordat daar bepaal kan word of 'n verteenwoordiger oor stilswyend verleende werklike volmag beskik het. Indien 'n verteenwoordiger dus oor die gebruikelike volmag beskik en daar geen inperking van hierdie bevoegdhede aanwesig was nie, kan daar dus aangevoer word dat die verteenwoordiger oor stilswyend

35 Du Plessis 1991:281-282; Henning 1984:158; Benade 1964:137.

36 Sien Oosthuizen 1976:150 vir 'n bespreking van die behoefte aan 'n eie stel verteenwoordigingsreëls vir die maatskappyreg. Sien ook Joubert 1979:17.

37 Cilliers *et al* 2000:628; Joubert 1979:90-94.

38 Du Plessis 1991:286-287.

39 Du Plessis 1991:287; Kerr 1991:69-75.

verleende werklike volmag beskik het.⁴⁰ Die vraag of 'n maatskappy aanspreeklik gehou kan word op grond van die stilswyend verleende werklike volmag van die verteenwoordiger, is 'n feitevraag wat na gelang van elke besondere geval bepaal moet word.⁴¹

(c) Gebruiklike volmag (“usual authority”)

Die gebruiklike volmag van 'n verteenwoordiger is daardie bevoegdhede wat normaalweg aan 'n besondere tipe verteenwoordiger toegedig kan word uit hoofde van sy aanstelling in 'n bepaalde posisie. Dit is dus die verteenwoordigingsbevoegdhede wat normaalweg aan 'n persoon in 'n betrokke posisie toegedig kan word. Dit is nie moontlik om 'n rigiede toets neer te lê ten einde vas te stel watter bevoegdhede onder 'n verteenwoordiger se gebruiklike volmag tuisgebring kan word nie.⁴² Die redes waarom so 'n toets nie gereedelik geformuleer kan word nie, is weens die feite dat daar veranderende behoeftes in die sakewêreld bestaan⁴³ en verskillende ondernemingsvorme⁴⁴ besondere handelsgebruike het. Dit moet in gedagte gehou word dat gebruiklike volmag nie as 'n afsonderlike tipe volmag in die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg beskou kan word nie. Hierdie term het bloot bewysregtelike waarde, ten einde vas te stel of daar inderdaad werklike of skynvolmag aanwesig was.

(d) Skynvolmag (“ostensible authority” ook soms na verwys as “apparent authority”)⁴⁵

Hierdie vorm van volmag verskil van die ander in die sin dat hier inderwaarheid nie sprake is van 'n geldige tipe volmag wat verleen is nie. Die maatskappyverteenwoordiger was dus in hierdie geval nie gemagtig om namens die maatskappy op te tree nie. Dit is nodig om te bewys dat daar skynvolmag was vir die *Turquand*-reël⁴⁶ en vir die estoppelleerstuk⁴⁷ om toepassing te vind.

40 Du Plessis 1991:287; Kerr 1991:75-77; Joubert 1979:106-108.

41 Du Plessis 1991:288.

42 Du Plessis 1991:288.

43 Du Plessis 1991:288; Lindgren 1972:391.

44 Du Plessis 1991:288; Lindgren 1972:391; Rohan-Irwin 1964:386.

45 Kerr 1991:112; Du Plessis 1991:287 verwys na hierdie tipe volmag as skynbare volmag. Sien ook die onderskeid wat Joubert 1979:109 tref tussen skynvolmag en skynomvang van volmag. Hierdie twee gevalle sal vir die doeleindes van hierdie studie onder die term 'skynvolmag' bespreek word.

46 Sien hoofstuk 7.

47 Sien hoofstuk 8.

Daar heers groot onsekerheid oor die onderskeid tussen skynvolmag en stilswyend verleende werklike volmag. Hierdie onsekerheid het in Engeland⁴⁸ ontstaan en het die Suid-Afrikaanse reg geïnfekteer soos blyk uit die beslissing in *Wolpert v Uitzigt Properties (Pty) Ltd.*⁴⁹ Indien 'n verteenwoordiger buite sy volmag optree kan daar nooit sprake van stilswyend verleende werklike volmag wees nie, daar mag egter sprake van skynvolmag wees.⁵⁰ Oosthuizen⁵¹ verduidelik die korrekte posisie met verwysing na die *Wolpert*-saak as volg:

Die aanstelling van 'n verteenwoordiger in 'n bepaalde posisie regverdig meestal die afleiding dat hy met al die bevoegdhede beklee is wat normaalweg met daardie posisie vereenselwig is. Of die magtiging inderdaad verleen is – uitdruklik of stilswyend – bly egter 'n feitelike vraag. Word die verteenwoordiger se volmag deur die prinsipaal beperk, kan daar nie meer beweer word dat hy vanweë die bekleding van die besondere posisie stilswyende volmag het om die betrokke handeling te verrig nie. Dit is immers deur die afspraak ingekort. Die stelling dat “implied authority” kan bestaan “even though the official is exceeding his actual authority” is dus juridies onaanvaarbaar. Eweneens moet die stelling aangaande die stilswyende volmag van 'n verteenwoordiger wat 'n bepaalde posisie beklee, gekwalifiseer word. Waar die verteenwoordiger sy werklike volmag onder hierdie omstandighede oorskry, kan die prinsipaal, in die afwesigheid van ratifikasie, hoogstens op grond van skynbare magtiging gebonde wees.⁵²

Dit is uiters belangrik om dus tussen gevalle te onderskei waar daar werklike volmag was en ander gevalle waar daar bloot skynvolmag was. Die *Turquand*-reël sowel as die estoppelleerstuk behoort slegs in die geval van skynvolmag toegepas te word.⁵³

3.3 Klasse maatskappyverteenwoordigers

Die tipe maatskappyverteenwoordiger, speel 'n belangrike rol by die vraag of die derde inderdaad die maatskappy aanspreeklik kan hou tot die kontrak. Daar word basies twee tipes maatskappyverteenwoordigers aangetref, naamlik:

48 Du Plessis 1991:287.

49 1961 2 SA 257 W: 266E: “[I]mplied authority can be inferred, when the official acting on behalf of the company purports to exercise an authority which that type of official usually has even though the official is exceeding his actual authority.”

50 Kerr 1991:75.

51 1978(b):173.

52 1978(b):173.

53 Du Plessis 1991:287-288; Oosthuizen 1976:46.

gebruiklike maatskappyverteenwoordigers en buitengewone maatskappy-verteenwoordigers.

(a) Gebruiklike maatskappyverteenwoordigers⁵⁴

Indien 'n derde met 'n gebruiklike maatskappyverteenwoordiger onderhandel, byvoorbeeld 'n besturende direkteur, mag die derde aanvaar dat dié verteenwoordiger oor die nodige volmag beskik wat normaalweg met daardie amp vereenselwig word.⁵⁵ Die aard en die omvang van die verteenwoordiger se skynbare volmag sowel as die vraag of die verteenwoordiger binne sy gebruiklike volmag opgetree het, is 'n feitevraag wat na gelang van die omstandighede in elke geval bepaal moet word.⁵⁶

Daar is in *Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd*⁵⁷ beslis dat estoppel die enigste grondslag is waarop die maatskappy gebonde gehou kan word indien die derde met 'n ongemagtigde, maar gebruiklike maatskappyverteenwoordiger 'n kontrak gesluit het. Daar word met die denke in die *Freeman*-saak verskil, aangesien hierdie saak die onderskeid tussen die *Turquand*-reël en die estoppelleerstuk totaal geïgnoreer het. Hierdie beslissing het gelei tot verwarring betreffende die verteenwoordigingsreg in Engeland wat na Suid-Afrika deurgesyfer het soos blyk uit die beslissing van *Wolpert v Uitzigt Properties (Pty) Ltd*.⁵⁸

In hierdie saak het sekere direkteure promesses namens die maatskappy aangegaan. Artikel 22 van die statute bepaal egter die volgende:

A resolution in writing signed by all directors shall be valid and effectual as if it had been passed at a meeting of directors duly called and constituted.⁵⁹

54 Hierdie is die verteenwoordigers wat normaalweg met daardie tipe bevoegdheid beklee word.

55 Du Plessis 1991:294. Sien ook *Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd* 1964 1 All ER 630 CA; *SA Securities v Nicholas* 1911 TPD 450.

56 Du Plessis 1991:298. *Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd* 1964 1 All ER 630 (CA).

57 1964 1 All ER 630 (CA).

58 1961 2 SA 257 W. Sien ook Blackman 2002:4.46-4.49.

Daar was egter 'n resolusie deur die maatskappy geneem wat die volgende bepaal het:

Resolved. That Eric John Hepker and/or Tom McAlpine and/or William Lowenthal, be, and they are hereby authorised and empowered, to sign all bills, cheques and promissory notes, and other negotiable documents, for and on behalf of this company, as sureties and co principal debtors, and it was further resolved that the above is to be retrospective, as from 1st of November 1955. Dated at Johannesburg this 2nd day of May 1956. Signed – E.J. Hepker. Signed T McAlpine.⁶⁰

Slegs twee van die drie direkteure het bogenoemde resolusie onderteken. Daar is namens mnr. McAlpine aangevoer dat alhoewel handtekeninge op die dokument verskyn het, hierdie resolusie op 'n vergadering van direkteure geneem is en dat dit nie 'n resolusie soos beoog in artikel 22 van die statute was nie. Dit moes egter op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys word. Die betrokke resolusies kon nie in die notuleboeke van die direksievergaderings gevind word nie, en gevolglik kon dit nie op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys word dat hierdie resolusie op 'n direksievergadering geneem is nie. Dit het gevolglik geblyk dat McAlpine, as enkeldirekteur, nie behoorlik gemagtig was om promesses namens die maatskappy aan te gaan nie.

Daar is egter aangevoer dat Uitzicht Properties weens die werking van die estoppelleerstuk nie kon aanvoer dat McAlpine nie behoorlik gemagtig was om die transaksies aan te gaan nie. Die redes waarom die estoppelleerstuk toepassing moes vind word gevind in die beëdigde verklaring van ene Jankelson:

(a)...the said McAlpine was allowed to utilise the rubber stamp of defendant's company... (b) Promissory notes which I had previously discounted for defendant Company had been signed either by the said McAlpine alone, or by the said McAlpine and the said Hepker together on behalf of the defendant Company.⁶¹

Daar kon nie bewys word dat die maatskappy McAlpine met sy rubberstempel toevertrou het nie en dit kon ook nie bewys word dat daar in die verlede

59 Op 258:H.

60 Op 259:B.

promesses met Jankelson aangegaan is nie. Die derde direkteur ene Lowenthal het in 'n beëdigde verklaring die volgende in verband met die beweerde promises te sê gehad:

I have personally searched the Company's files and records, where paid promissory notes issued or endorsed by the Company are usually kept, and have not been able to find any promissory note, having been paid, issued to the said Jankelson or the plaintiff which bears the signature of McAlpine alone.⁶²

Die regter het bevind dat estoppel nie in hierdie saak van toepassing is nie, en dat die advokaat vir die eiser nie eintlik op die estoppelleerstuk staatgemaak het nie, maar eerder op werklike volmag (wat duidelik nie aanwesig was nie).⁶³

Die regter verwys hierna na "the most difficult aspect of the case"⁶⁴ en begin die aanwendingsmoontlikheid van die *Turquand*-reël bespreek. Die regter gee verder toe dat dit nie algemeen is vir 'n enkeldirekteur om as agent vir 'n maatskappy op te tree nie.⁶⁵ Dit is egter moontlik vir die maatskappy om aan 'n enkeldirekteur die bevoegdheid om die maatskappy te bind te delegeer. In die betrokke geval het artikel 47(h) van die maatskappy se statute die direksie gemagtig om:

To determine who shall be entitled to sign on the Company's behalf bills, notes, receipts, acceptances, endorsements, cheques, releases, contracts and documents.⁶⁶

Die regter vra dan die vraag of 'n buitestander wat met 'n enkeldirekteur van 'n maatskappy onderhandel sonder enige verdere navrae kan aanneem dat die direkteur die maatskappy gebonde kan hou. 'n Verdere vraag kom dan na vore en dit is of 'n maatskappy gebonde gehou kan word aan die kontrak indien dit soos in dié betrokke geval nie bo oorwig van waarskynlikhede bewys kan word dat die enkeldirekteur behoorlik gemagtig was om die kontrak aan te gaan nie.⁶⁷ Ten einde hierdie vrae te beantwoord gryp regter Claassen na die Engelse reg,

61 Op 260:B.

62 Op 260:E-F.

63 Sien 260:F-G.

64 Op 260:G.

65 Sien 262:D-E. "It is of course trite law that a single director out of a board of directors is not ordinarily an agent of the company of which he is a director."

66 Op 262H-263A.

67 Op 263A.

alhoewel hy homself waarsku voordat hy die vroeë begin bespreek deur die volgende woorde te uiter:

“Our courts have followed English cases in these problems, but it must be remembered that English Law is rich in precedent, but not so well off in principle.”⁶⁸

Regter Claassen verwys na vier moontlike organe wat transaksies namens 'n maatskappy kan aangaan: eerstens die besturende direkteur,⁶⁹ tweedens die voorsitter van die direksie,⁷⁰ derdens enige ander persoon deur die maatskappy genomineer,⁷¹ en in die laaste plek enige persoon in kategorie drie wat oor skynbare- maar nie werklike volmag beskik nie.⁷² Die regter verwys deurentyd na die estoppelleerstuk en estoppel terminologie, alhoewel hy dit duidelik gestel het dat hy met 'n bespreking van die *Turquand*-reël besig is. Hierna maak die regter 'n kardinale fout waar hy bevind dat die *Turquand*-reël in al vier bogenoemde gevalle toepassing kan vind.⁷³ Regter Claassen voer ook aan dat daar moontlike verskille kan wees in die gebruikelike bevoegdhede wat aan direkteure van publike- en private maatskappye toegedig kan word. Volgens hom kan meer bevoegdhede aan direkteure van privaatmaatskappye toegedig word aangesien hulle gewoonlik meer geredlik by die bestuur van dié maatskappyvorm betrokke is.⁷⁴

Regter Claassen bevind op die feite dat McAlpine ('n gewone direkteur) nie oor uitdruklike volmag beskik het nie en bevind dat die moontlikheid ondersoek moet word of die direkteur oor skynbare volmag beskik het. Hierna spring hy dadelik weer na die ondersoek of daar inderdaad stilswyende werklike volmag teenwoordig is.⁷⁵ Dit dui met respek daarop dat die geleerde regter die estoppelleerstuk en die *Turquand*-reël totaal verwar het. Alhoewel die korrekte beslissing gelewer is, naamlik dat die maatskappy nie gebonde gehou kon word op grond van die promesses nie, is dit op die verkeerde gronde gedoen. Die maatskappy kon nie gebonde gehou word nie, aangesien dit duidelik was dat

68 Op 265:B-C.
69 Op 265:H.
70 Op 266:B-D.
71 Op 266:D-H.
72 Op 266:H.
73 Op 267:B.
74 Op 267:D-F.
75 Op 267:H.

daar agterdogwekkende omstandighede teenwoordig was en dat daar dus 'n verdere ondersoekplig op die derde party gerus het.

(b) Buitengewone maatskappyverteenwoordigers

Buitengewone maatskappyverteenwoordigers (byvoorbeeld nie-uitvoerende direkteure) is persone wat nie normaalweg namens die maatskappy sou handel nie. Indien 'n ongemagtigde buitengewone maatskappyverteenwoordiger kontrakte as verteenwoordiger van 'n maatskappy met 'n derde sluit, is die kans baie skraler dat die *Turquand*-reël as grondslag vir die maatskappy se gebondenheid kan dien. Die rede hiervoor is dat die maatskappy kan aanvoer dat die posisie van die buitengewone verteenwoordiger 'n tipiese omstandigheid is wat die derde op sy hoede moes plaas en die derde moes noop om verdere ondersoek in te stel aangaande die verteenwoordiger se volmag.⁷⁶ Die estoppelleerstuk is in hierdie omstandighede die aangewese grondslag waarop aanspreeklikheid gegrond moet word.

3.4 Doelstellingsklousule

Die *Maatskappywet* 61 van 1973⁷⁷ het die reëls in verband met doelstellingsklousules in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg gewysig.⁷⁸ Die hoofdoelstelling van die maatskappy moet in die akte van oprigting vermeld word.⁷⁹ Die omvang van 'n maatskappy se vermoë word deur sy hoofdoelstelling bepaal.⁸⁰ Onbepaalde aanvullende doelstellings kan by die hoofdoelstelling ingelees word, indien die aanvullende doelstellings nie uitdruklik in die akte van oprigting uitgesluit word nie.⁸¹ Elke maatskappy besit ook onbepaalde bevoegdhede, insluitende die gewone bevoegdhede in bylae 2 van die Wet uiteengesit, om dit in staat te stel om die hoof- en aanvullende doelstellings van

76 Blackman 2002:4.46-4.49. Sien *Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Perpellief* 1978 2 SA 11 T; *Wolpert v Uitzigt Properties (Pty) Ltd* 1961 2 SA 257 W 266:E-G. Sien ook die bespreking van die *Wolpert*-saak onder punt 3.2 (a).

77 Hierna die "Wet".

78 Sien artikels 33 en 34 saamgelees met artikel 52 van Wet 61 van 1973. Vir 'n deeglike bespreking van hierdie artikels sien hoofstuk 6.

79 Artikel 52(1)(b).

80 Artikel 33(1).

81 Artikel 33(1) en 52(1)(c)(i).

die maatskappy te verwesenlik, met die voorbehoud dat dáárdie bevoegdhede nie uitdruklik in die akte van oprigting uitgesluit of gekwalifiseer word nie.⁸²

Die hoofbesigheid van die maatskappy moet ook deur die akte van oprigting vermeld word.⁸³ Indien die hoofbesigheid wat te eniger tyd werklik deur die maatskappy gedryf word, binne die vermoë van die maatskappy val slegs uit hoofde van 'n doelstelling aanvullend tot die hoofdoelstelling, sal sodanige hoofbesigheid geag word die hoofdoelstelling van die maatskappy te wees.⁸⁴

3.5 Statutêre reëling

Artikel 36 van die Wet het die gemeenregtelike posisie wesenlik beïnvloed.⁸⁵ Artikel 36 het die werking van die *ultra vires*-leerstuk in sekere omstandighede getemper, maar die gemeenregtelike leerstuk bestaan steeds.⁸⁶

Artikel 36 bestaan uit drie dele: Deel een maak die handeling geldig hoewel dit buite die vermoë van die maatskappy is, maar dit skaf nie die *ultra vires*-leerstuk af nie. Deel twee vul die gebrek aan volmag van direkteure aan. Die probleem met deel twee is dat daar onsekerheid bestaan oor wat met die woord “direkteure” bedoel word. Verwys dit na die direksie as 'n geheel? Indien dit die geval is, word die werking van artikel 36 tot 'n groot mate beperk. Ander moontlike betekenis van die woord “direkteure” sou afsonderlike direkteure, die besturende direkteur of moontlik enige verteenwoordiger van die maatskappy wees. Deel drie bepaal dat die *ultra vires*-leerstuk egter steeds geld tussen die maatskappy en sy lede of direkteure, of tussen sy lede en sy direkteure.⁸⁷

82 Artikel 34 en 52(1)(c)(ii).

83 Artikel 52(1) en (1)(b).

84 Artikel 32(2). Vir 'n verdere bespreking van artikels 33 en 34 sien hoofstuk 6.

85 Vir 'n volledige bespreking van artikel 36 sien hoofstuk 6.

86 Cilliers *et al* 2000:185; Fourie 1990:389-390; Fourie 1989:222.

87 Vir 'n volledige bespreking van artikel 36 sien hoofstuk 6.

4. AANSPREEKLIKHEID VAN DIE VERTEENWOORDIGER TEENoor BUITESTANDERS

Die vraag ontstaan of daar 'n ander remedie vir die onskuldige buitestander bestaan indien die maatskappy nie op grond van die *Turquand*-reël of estoppel aanspreeklik gehou kan word nie. Kan die verteenwoordiger deur 'n derde aanspreeklik gehou word?

In die Romeinse reg was direkte verteenwoordiging onbekend en het die kontrak altyd tussen die verteenwoordiger en die derde tot stand gekom. Indien die verteenwoordiger nie oor die nodige volmag beskik het nie, kon hy steeds op grond van die oorspronlike kontrak aanspreeklik gehou word.⁸⁸ In die Romeins-Hollandse reg ontstaan direkte verteenwoordiging. Die Romeins-Hollandse skrywers⁸⁹ hou egter vol met die Romeinsregtelike beginsel dat indien die prinsipaal ontken dat die verteenwoordiger oor die nodige volmag beskik, die verteenwoordiger self op grond van die kontrak aanspreeklikheid opdoen. In navolging hiervan is daar oorspronklik in die Suid-Afrikaanse regspraak aanvaar dat die verteenwoordiger wel op grond van die kontrak aanspreeklik gehou kon word.⁹⁰

Die oorspronklike posisie in die Engelse reg was dat 'n verteenwoordiger nie as kontraksparty aanspreeklik gehou kan word indien dit blyk dat hy sonder die nodige volmag opgetree het of sy volmag oorskry het nie.⁹¹ Agt jaar later het 'n verdere ontwikkeling in hierdie verband plaasgevind deurdat daar in *Collen v Wright*⁹² beslis is dat alhoewel 'n verteenwoordiger nie aanspreeklikheid opdoen ooreenkomstig die oorspronklike kontrak nie, die verteenwoordiger wel op grond van die sogenaamde stilswyende waarborg van volmag⁹³ aanspreeklik gehou kan word. Ingevolge hierdie leerstuk waarborg 'n verteenwoordiger uitdruklik of stilswyend dat hy oor die nodige volmag beskik wanneer hy met die buitestander

88 Joubert 1979:77.

89 Van Leeuwen *Censura Forensis* 1 4 3 10; Matthaeus *De Auct* 2 5 35.

90 *Wright v Williams* (1891) 8 SC 166 *per dictum* lord De Villiers: "...by virtue of the rule of our law that the agent is liable for damages on the contract itself. In *Pakes v Thrupp & Co* 1906 TS 741 verklaar die hof as volg: "If he had no authority then by our law he would be liable, not on a breach of warranty of authority but on the contract itself."

91 *Jenkins v Henderson* (1849) 13 QBD 744.

92 (1857) 8 E&B 647 (120 ER 241).

onderhandel. Daar kom dus 'n nuwe kontrak tussen die derde en die verteenwoordiger tot stand.⁹⁴ Indien dit later blyk dat die verteenwoordiger se volmag gebrekkig was, is die verteenwoordiger skuldig aan waarborgbreuk en aanspreeklik vir die positiewe interesse aan die derde.⁹⁵

Die aanvanklike benadering in die Suid-Afrikaanse reg was uiters onbevredigend en dit is in die beslissing van *Blower v Van Noorden*⁹⁶ verwerp. In hierdie uitspraak volg hoofregter Innes die Engelse regsposisie na en baseer die aanspreeklikheid van die verteenwoordiger op grond van die verbreking van 'n stilswyende waarborg van volmag.⁹⁷ Die aanspreeklikheid van die verteenwoordiger is nie van die aanwesigheid van skuld afhanklik nie. Selfs al het die verteenwoordiger *bona fide*⁹⁸ gehandel, kan hy nog steeds aanspreeklik gehou word, mits daar bloot bewys word dat hy die derde onder die indruk gebring het dat hy oor die nodige volmag beskik.⁹⁹

De Wet en Yeats¹⁰⁰ voer aan dat hierdie vorm van aanspreeklikheid onsuiver is en dat die verteenwoordiger eerder op grond van misleiding aanspreeklik gehou behoort te word. Indien die verteenwoordiger hom dus skuldbewus voorgedoen het as iemand wat oor die nodige volmag beskik, moet hy deliktueel aanspreeklik gehou word. Indien daar geen skuld aanwesig is nie, moet die verteenwoordiger geen aanspreeklikheid opdoen nie. Die derde behoort slegs op negatiewe interesse aanspraak te maak.¹⁰¹ Die derde sal slegs die verteenwoordiger kan aanspreek indien hy skuld kan bewys. Hierdie toedrag van sake kortwiek egter die beskerming wat aan onskuldige derde partye gebied

93 "implied warranty of authority".

94 Sien Joubert 1969:111 asook Joubert 1979:82.

95 Joubert 1979:81; *Simons v Patchett* (1857) 7 E1 B1 568.

96 1909 TS 890.

97 *Blower v Van Noorden* 1909 TS 890:906 *per dictum* hoofregter Innes: "an agent who has exceeded his authority in contracting for a named principal is liable in damages to the other contracting party on the ground that, from his representation of authority, a personal undertaking on his part is to be implied that his principal will be bound, and that, if not, the other party will be placed in as good a position if he were."

98 Vir 'n bespreking van die vereistes waaraan die derde moet voldoen alvorens die derde die verteenwoordiger aanspreeklik kan hou, sien Kerr 1972:216. Sien ook Rider 1998:278-280.

99 *Blower v Van Noorden* 1909 TS 890:906. Vir 'n volledige bespreking van die billikheid van hierdie vorm van skuldlose aanspreeklikheid sien Joubert 1979:80 asook Van Jaarsveld 1974:225.

100 De Wet en Yeats 1964:86-87.

word.¹⁰² Dit sou onbillik wees om die derde se beskerming aan so 'n onsekere remedie afhanklik te stel.¹⁰³

Waar onderhandelinge dus deur middel van 'n maatskappyverteenwoordiger geskied, geld stilswyende waarborg van volmag en kan die verteenwoordiger op grond van hierdie suboorenkoms vir positiewe interesse aanspreeklik gehou word.¹⁰⁴

Die stilswyende waarborg moet egter in die geval van die maatskappyereg aangepas word, as gevolg van die werking van die leerstuk van toegerekende kennis. Indien die derde weet dat die verteenwoordiger se volmag gebrekkig is, kan die derde nie die verteenwoordiger op grond van waarborgbreuk aanspreeklik hou nie.¹⁰⁵ As gevolg van die werking van die leerstuk van toegerekende kennis word die derde dus sy beskerming ontnem indien dit uit die openbare dokumente blyk dat die verteenwoordiger se volmag gebrekkig is.¹⁰⁶

101 De Wet en Yeats 1964:86–87.

102 De Wet en Yeats 1964:38; De Villiers en Macintosh 1956:291: Die posisie is seker waar daar sprake van opsetlike wanvoorstelling was. *Perlman v Zoutendyk* 1934 CPD 151; *Herschel v Mrupe* 1954 2 SA 464 A; *Hamman v Moolman* 1968 4 SA 340 A; *Phame (Pty) Ltd v Paizes* 1973 3 SA 397 A. Daar heers egter steeds groot onsekerheid in gevalle van nalatige wanvoorstelling. In *Latham v Sher* 1974 4 SA 687 W en *Du Plessis v Semmelink* 1976 2 SA 500 T is die standpunt ingeneem dat nalatige wanvoorstelling wat 'n kontrak ten gevolge het nie tot 'n skadevergoedingseis aanleiding kan gee nie.

103 Oosthuizen 1976:291.

104 *Peak Lode Gold Mining Co Ltd v Union Government* 1932 TPD 48; *Nordis Construction Co (Pty) Ltd v Theron Burke and Isaac* 1972 2 SA 535 D. Du Plessis 1991:303 stem saam dat die verteenwoordiger in so 'n geval persoonlike aanspreeklikheid oloop. Die skrywer bespreek ongelukkig nie die aard van hierdie vorm van aanspreeklikheid nie.

105 Tensy die derde uitdruklik waarborg dat hy oor die nodige volmag beskik of dat die maatskappy die ooreenkoms sal ratifiseer. Oosthuizen 1976:293.

106 Du Plessis 1991:300; Hahlo 1969:376; De Villiers en Macintosh 1956:288. Indien die verteenwoordiger egter op 'n bedrieglike wyse voorgegee het dat hy oor die nodige volmag beskik kan hy hom nie op die ander party se toegerekende kennis beroep nie. *Wiley v African Realty Trust Ltd* 1908 TH 104; De Wet en Yeats 1964:41. Vir 'n volledige bespreking van die effek van die leerstuk van toegerekende kennis sien hoofstuk 5.

5. AANSPREEKLIKHEID VAN DIE VERTEENWOORDIGER TEENOR DIE MAATSKAPPY

Indien 'n verteenwoordiger sy volmag oorskry, maar die *Turquand*-reël vind toepassing, is die derde sowel as die maatskappy gebonde op grond van die kontrak. 'n Soortgelyke situasie word aangetref waar die maatskappy deur middel van estoppel verbied word om op die gebrekkige volmag van die verteenwoordiger te steun en ook waar die maatskappy die ooreenkoms *ex post facto* ratifiseer.¹⁰⁷ In al drie hierdie gevalle kan die nakoming van die ooreenkoms nadelige gevolge vir die maatskappy inhou. Die vraag ontstaan dus of die verteenwoordiger deur die maatskappy aangespreek kan word vir die vergoeding van enige skade wat in hierdie omstandighede gely is?

Ingevolge die gewone verteenwoordigingsreg is 'n verteenwoordiger teenoor sy prinsipaal aanspreeklik indien die prinsipaal skade gely het as gevolg van die verteenwoordiger se onregmatige optrede.¹⁰⁸ Die maatskappy sal dus die verteenwoordiger aanspreeklik kan hou indien die maatskappy op grond van estoppel aan die kontrak gebonde gehou word.¹⁰⁹ Indien die maatskappy later die kontrak sou ratifiseer, sou dit ook nie die maatskappy as prinsipaal van sy verhaalsreg teenoor die verteenwoordiger ontnem nie.¹¹⁰

Die posisie waar die maatskappy op grond van die werking van die *Turquand*-reël aanspreeklik gehou word, verskil egter. In gevalle van ratifikasie en estoppel is die aanspreeklikheid gebaseer op die maatskappy se eie wilshandeling. In geval van ratifikasie het die maatskappy self later besluit om die kontrak te ratifiseer en by estoppel het die maatskappy 'n valse indruk by die derde geskep dat die verteenwoordiger wel oor die nodige volmag beskik en het die derde toe op grond van die skyn tot sy nadeel gehandel. Die maatskappy is dus in beide bostaande gevalle self verantwoordelik vir ten minste 'n gedeelte van die skade wat hy ly. Waar die maatskappy egter op grond van die *Turquand*-reël

107 Vir 'n verdere bespreking hiervan sien hoofstuk 5. Sien ook Du Plessis 1991:303.

108 Du Plessis 1991:303; De Villiers en Macintosh 1956:154.

109 *Malherbe v Britstown Municipality* 1949 1 SA 281 K; Du Plessis 1991:303; De Wet en Yeats 1964:574.

110 *Mine Workers' Union v Broderick* 1948 4 SA 959 A. Sien De Wet en Yeats 1964:574.

aanspreeklik gehou word, is dit moontlik dat die maatskappy skade kan ly selfs al was daar geen wilsuiking deur die maatskappy self nie. Dit moet dus vanselfsprekend wees dat die verteenwoordiger wel in hierdie omstandighede aanspreeklik teenoor die maatskappy behoort te wees, maar daar is egter verbasend min gesag hieroor.¹¹¹

6. REGSVERGELYKING

6.1 Die posisie in Engeland

Daar word volstaan word met voorafgaande bespreking van die posisie rakende die verteenwoordigingsreg in Engeland. Aangesien die Engelse reg so 'n prominente rol in die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg gespeel het, sal 'n afsonderlike bespreking onnodige duplikasie tot gevolg hê.¹¹² Dit moet egter in gedagte gehou word dat die leerstuk van toegerekende kennis in Engeland afgeskaf is. Dit het 'n wesenlike invloed op die ontwikkeling van die Engelse verteenwoordigingsreg in die maatskappyregtelike konteks gehad.¹¹³

6.2 Die posisie in die VSA

Die gewone verteenwoordigingsbeginsels word in die Amerikaanse maatskappyereg toegepas. Die leerstuk van toegerekende kennis het nooit pos gevat in Amerika nie en gevolglik is die *Turquand*-reël ook nie in die VSA oorgeneem nie.¹¹⁴

Die volmag van 'n verteenwoordiger word in die VSA pertinent aan daardie verteenwoordiger deur die direksie gedelegeer.¹¹⁵ Indien die nodige volmag egter nie aan die verteenwoordiger deur die direksie gedelegeer is nie, kan 'n

111 Oosthuizen 1976:296. Sien Naudé 1970:115 vir 'n bespreking van die posisie van 'n maatskappydirekteur in hierdie omstandighede.

112 Sien paragraaf 4.

113 Sien hoofstuk 5.

114 Vir 'n volledige regsvergelykende studie van die verteenwoordigingsreg in die VSA, sien die opeenvolgende hoofstukke.

115 § 8.40(a) van die MBCA 1984 en Del. GCL § 142.

derde op een van die volgende gronde staatmaak om die maatskappy aan die ooreenkoms gebonde te hou:

(a) Ratifikasie

Indien die direksie bewus word van die ooreenkoms wat deur die verteenwoordiger sonder die nodige volmag aangegaan is en die direksie neem nie onmiddellik stappe om die ooreenkoms te verwerp of af te keur nie, kan die maatskappy op grond van ratifikasie aanspreeklik gehou word. Dit sou veral die geval wees waar die ooreenkoms voordelig vir die maatskappy is.¹¹⁶

(b) Estoppel

Estoppel sal toepassing vind waar die maatskappy die skyn verwek het dat die verteenwoordiger oor die nodige volmag beskik het en die derde dan op grond van hierdie skyn tot sy nadeel gehandel het.¹¹⁷

(c) Stilswyende of inherente volmag¹¹⁸

Stilswyende volmag vind in die Amerikaanse reg toepassing waar 'n derde die maatskappy aanspreeklik probeer hou op grond van 'n ooreenkoms weens die feit dat die direksie in die verlede soortgelyke ooreenkomste aanvaar of geratifiseer het.¹¹⁹ Dit blyk dat daar in hierdie geval stilswyend verleende werklike volmag moet wees. Daar word in *Kidd v Thomas A. Edison Inc*¹²⁰ verwys na gebondenheid vir die prinsipaal ongeag: "...the agent's minor deviations." Die prinsipaal kan egter nie gebonde gehou word indien die agent

116 *Scientific Holding Co Ltd v Plessey Incorporated* 510 F 2d 15 (2d Cir 1974).

117 *Yucca Mining & Petroleum Co v Howard C Phillips Oil Co* 365 P 2d 925 (NM 1961); Hamilton 1997:324.

118 "Implied or inherent authority".

119 *Kidd v Thomas A. Edison Inc* 239 F 405 (SDNY):408, 242 F. 923 (2d Cir 1917) per Hand R: "If a man select another to act for him with some discretion, he has by that fact vouched to some extent for his reliability. While it may not be fair to impose upon him the results of a total departure from the general subject of his confidence, the detailed execution of his mandate stands on a different footing. The very purpose of delegated authority is to avoid constant recourse by third persons to the principal, which would be a corollary of denying the agent any latitude beyond his exact instructions. Once a third person has assured himself widely of the character of the agent's mandate, the very purpose of the relation demands the possibility of the principal's being bound through the agent's minor deviations." *Blackburn v Witter* 201 Cal App 2d 518; *Hessler Inc v Farrell* 226 A 2d 708 (Del1967); O'Kelley en Thompson 1999:32; Hamilton 1997:325.

103 239 F 405 (SDNY):408, 242 F. 923 (2d Cir 1917).

'n handeling verrig wat wesenlik van die handeling wat hy normaalweg verrig verskil nie.

(d) Skynbare of oënskynlike volmag¹²¹

Skynbare of oënskynlike volmag is van toepassing waar daar 'n handeling deur die prinsipaal aangegaan is wat 'n redelike omsigtige persoon sou laat glo dat die verteenwoordiger oor die nodige volmag beskik. Dit is belangrik dat daar in hierdie geval 'n handeling van die prinsipaal of maatskappy self moes wees. 'n Voorbeeld hiervan sou wees waar die derde in die verlede soortgelyke ooreenkomste met 'n spesifieke verteenwoordiger gesluit het, en daar weer so 'n ooreenkoms met hierdie spesifieke verteenwoordiger gesluit word. Die verteenwoordiger beskik in hierdie betrokke geval nie oor die nodige volmag nie. Vir die derde party om op klaarblyklike volmag staat te maak moes hy oor werklike kennis van byvoorbeeld die vorige ooreenkomste beskik het, terwyl die derde op stilswyende volmag kan steun, selfs indien kennis van die vorige ooreenkomste by hom ontbreek. Dit mag ook gebeur dat dieselfde handeling die derde in staat kan stel om op stilswyende volmag of klaarblyklike volmag te steun.¹²²

Indien die maatskappy op enigeen van bogenoemde gronde aanspreeklik vir die nakoming van die ooreenkoms gehou kan word, kan dit tot nadeel van die maatskappy strek. Die verteenwoordiger kan op een van die volgende gronde¹²³ persoonlike aanspreeklikheid opdoen:

(a) Uitdruklike waarborg

Die verteenwoordiger kan 'n uitdruklike waarborg verskaf dat die maatskappy die ooreenkoms sal nakom. Hierdie waarborg kan uitdruklik of stilswyend gegee word en moet meestal deur oorweging¹²⁴ ondersteun word.

121 "Apparent authority".

122 O'Kelley en Thompson 1999:32; Hamilton 1997:325; Dooley 1995:184.

123 Sien O'Kelley en Thompson 1999:32; Hamilton 1997:326.

124 "consideration".

(b) Verwarring aangaande die rol van die verteenwoordiger

Die verteenwoordiger kan persoonlike aanspreeklikheid oploop indien hy die indruk skep dat hy in sy persoonlike hoedanigheid onderhandel en nie namens die maatskappy nie.¹²⁵

(c) Statutêre aanspreeklikheid

Sekere wette mag persoonlike aanspreeklikheid vir die verteenwoordiger voorskryf, byvoorbeeld waar belastinge nie betaal word of waar 'n kennisgewing nie na inlywing gepubliseer word nie.¹²⁶

(d) Persoonlike betrokkenheid by onregmatige handeling¹²⁷

'n Maatskappyvertenwoordiger kan persoonlike aanspreeklikheid oploop indien hy betrokke is by onregmatige handeling.¹²⁸

(e) Volmag¹²⁹

'n Maatskappy verteenwoordiger kan persoonlike aanspreeklikheid opdoen indien hy sy werklike volmag om die maatskappy te bind, oorskry.

Dit blyk dus duidelik dat daar in die Amerikaanse reg swaar op die persoonlike aanspreeklikheid van verteenwoordigers gesteun word ten einde die maatskappy te beskerm. Hierdie benadering is egter nie altyd suksesvol nie, aangesien die verteenwoordiger nie oor die vermoë mag beskik om die maatskappy te kan vergoed vir die skade wat gely is nie.

6.3 Die posisie in Australië

Die Australiese posisie is in baie opsigte dieselfde as die posisie in Engeland. Vir 'n ooreenkoms om die maatskappy te bind moet die agent oor die nodige werklike volmag of skynbare volmag beskik en die ooreenkoms moet ook *intra*

125 *Harris v Milam* 389 P 2d 638 (Okl 1964); *Benjamin Plumbing Inc v Barnes* 470 NW 2d 888 (Wis 1991). Sien ook *Gevurtz* 2000:49.

126 *Internal Revenue Code* 1954 (I.R.C. § 6672.)

127 "tortious conduct".

128 O'Kelley en Thompson 1999:605.

129 "Authority".

vires die maatskappy se doelstellings wees.¹³⁰ Dit is belangrik om daarop te let dat die leerstuk van toegerekende kennis in Australië, soos in Engeland, deur wetgewing afgeskaf is.¹³¹ Die posisie in Australië en Engeland is in wese dieselfde insoverre dit verteenwoordiging aanbetref. Daar sal dus volstaan word met bogenoemde bespreking van die Engelse verteenwoordigingsreg, aangesien 'n afsonderlike bespreking onnodige duplisering teweeg sal bring. Die subtiele verskille sal egter in die opeenvolgende hoofstukke uitgelig word met 'n regsvergelende studie wat aan die einde van elke hoofstuk volg.

7. GEVOLGTREKKING EN AANBEVELINGS

Hierdie hoofstuk dien as agtergrond en skets die vele verteenwoordiging-sregtelike probleme¹³² waarmee die Suid-Afrikaanse, Engelse, Amerikaanse en Australiese regstelsels gekonfronteer word. Elkeen van hierdie kwessies sal afsonderlik in die hoofstukke wat volg bespreek word. Die nodige gevolgtrekkings en aanbevelings in verband met elkeen van hierdie kwessies sal in die onderskeie hoofstukke gemaak word.

130 Lipton en Herzberg 1984:76; artikel 68 van die Australiese Maatskappywet van 1989 het egter 'n wesenlike invloed op die toepassing van die *ultra vires*-leerstuk uitgeoefen. Sien hoofstuk 6, paragraaf 8.3 vir 'n volledige bespreking van die regsposisie in Australië in terme die 2006 *Companies Act*.

131 Vir 'n volledige bespreking van die leerstuk van toegerekende kennis, sien hoofstuk 5. Vir die invloed wat die *Turquand*-reël in hierdie verband uitoefen, sien hoofstuk 7.

132 Om bloot 'n paar probleme te noem: Daar is verwarring in die Suid- Afrikaanse verteenwoordigingsreg aangesien die leerstuk van toegerekende kennis steeds in hierdie jurisdiksie erken word. Die *ultra vires*-leerstuk skep probleme, en net soos in Engeland pas die howe die *Turquand*-reël onder die vaandel van die estoppelleerstuk toe. Die Engelse-, Australiese- sowel as Amerikaanse verteenwoordigingsreg gaan gebuk onder die gebrek dat 'n kontrak wat namens 'n niebestaande prinsipaal gesluit word nie ratifiseerbaar is nie. Die Amerikaanse bestel word verder gekritiseer dat daar nie vir bepaalde probleemgevalle wat uniek is aan die verteenwoordigingsreg in ondernemingsregtelike verband voorsiening gemaak word nie. 'n sprekende voorbeeld hiervan blyk die nie-erkenning van die *Turquand*-reël in hierdie jurisdiksie te wees.

HOOFSTUK 3

VOORINLYWINGSKONTRAKTE

1. DOELWIT EN WERKSWYSE

Die doel van hierdie hoofstuk is om voorinlywingskontrakte in Suid-Afrika, Australië, Engeland en die VSA te bestudeer. Uit die studie sal die probleme wat die onderskeie jurisdiksies met die sluiting van voorinlywingskontrakte ondervind, duidelik blyk. Daar sal gepoog word om sinvolle, praktiese voorstelle in verband met die oplossing van hierdie probleme te maak.

Die doel word bereik deur op 'n regshistoriese en regsvergelende grondslag eerstens na die posisies in Engeland, die VSA en daarna Australië te kyk. Die volgorde waarin hierdie jurisdiksies bespreek word, reflekteer die nut wat die betrokke jurisdiksie vir die oplossing van Suid-Afrikaanse probleme bied. Die Australiese posisie is gevolglik van die grootste waarde, met die Engelse posisie wat weinig hulp verleen.

Die posisie in Suid-Afrika word laastens bespreek weens die uniekheid van die Suid-Afrikaanse regsposisie in hierdie verband. Hierdie uniekheid kan grootliks toegeskryf word aan die statutêre ingryp¹ gekoppel aan die erkenning van die gemeenreglike *stipulatio alteri* in Suid-Afrika.

2. INLEIDING

Artikel 64(1) van die *Maatskappywet* 61 van 1973² bepaal soos volg:

By die registrasie van die akte en statute van die maatskappy endosseer die Registrateur 'n sertifikaat daarop onder sy hand en seël dat die maatskappy ingelyf is.

Verder word in artikel 65(10) bepaal dat:

Vanaf die datum van inlywing, is die ondertekenaars van die akte tesame met die ander persone wat van tyd tot tyd lede van die maatskappy word, 'n regspersoon met die naam vermeld in die akte, wat al die funksies van 'n ingelyfde maatskappy kan

1 Artikel 35 van Wet 61 van 1973.
2 Hierna die "Wet".

uitoefen, en met voortdurende regsopvolging, maar met die aanspreeklikheid (as daar is) van die lede om in die geval van likwidasië tot die bates van die maatskappy by te dra soos deur hierdie Wet voorgeskryf.

In artikel 172(1) word dit duidelik gestel dat:

Geen maatskappy met 'n aandelekapitaal mag met besigheid begin of leningsbevoegdheid uitoefen nie tensy en voordat die Registrateur onder sy hand en seël 'n sertifikaat wat die maatskappy magtig om met besigheid te begin, kragtens die bepalings van hierdie artikel uitgereik het.

As gevolg van bogenoemde bepalings is dit somtyds nodig om sekere regte vir 'n maatskappy te beding voordat die betrokke maatskappy met regspersoonlikheid beklee word. Hierdie behoefte word raak saamgevat deur appèlregter Trollip waar hy hom in *Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk v NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk*³ soos volg uitlaat:

Generally a company is formed in order to acquire some business, property, or rights, for the exploitation of which it might require accommodation, equipment, and such ancillary things, and perhaps also the services of experts or experienced executives. Hence, in order to ensure that it will get those benefits on incorporation, it is usually advisable that the terms of the acquisition of those things and the conditions of the employment of those persons should be settled in advance of its incorporation by contracts that will be binding, as far as legally possible, on the contracting parties.⁴

Die kontrakte wat in bogenoemde aanhaling beoog word, sal voortaan in hierdie studie gerieflikheidshalwe “voorinlywingskontrakte”⁵ genoem word.

Dit is duidelik dat die maatskappy nog nie bestaan wanneer 'n voorinlywingskontrak gesluit word nie, aangesien 'n maatskappy eers by die registrasie van sy akte en statute ingelyf word en gevolglik met regspersoonlikheid beklee word.⁶ Die maatskappy as sodanig kan dus nie 'n party tot 'n voorinlywingskontrak wees nie. Weens die feit dat die maatskappy nog nie bestaan nie, kan die oprigters van die maatskappy ook nie gemeenregtelik as verteenwoordigers van die te stigte

3 1970 3 SA 367 A.

4 *Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk v NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk* 1970 3 SA 367 A.

5 De Wet en Yeats 1964:464 verkies “voorlopige kontrakte”, terwyl Swart 1974:19 die term “voor-inkorporasie kontrakte” gebruik. Cilliers *et al* 2000:52 gebruik ook die term “voorinlywingskontrak”.

6 Wet 61 van 1973 artikel 64(1).

maatskappy optree nie.⁷ Daar kan egter van 'n rakmaatskappy gebruik gemaak word ten einde regte en veplyginge vir die maatskappy te bekom. Die direkteure en aandeelhouders word bloot gewysig op die datum waarop die maatskappy dus sy "finale gewaad" aanneem. 'n Volledige bespreking van hierdie aspek val buite die bestek van hierdie proefskrif.

Die posisie aangaande voorinlywingskontrakte in Suid-Afrika word sterk beïnvloed deur die *Maatskappywet*, die Engelse reg en ook die gemeenregtelike *stipulario alteri*. Elkeen van hierdie onderwerpe sal van nader beskou word. Die regsposisies rondom voorinlywingskontrakte in Australië en die VSA sal ook op 'n regsvergelijkende grondslag bestudeer word.

3. POSISIE IN DIE ENGELSE REG

3.1 Grondslag

Die grondslag van die Engelse reg ten opsigte van voorinlywingskontrakte is in *Kelner v Baxter*⁸ gelê. In hierdie beslissings van meer as 130 jaar gelede is starre en onbuigsame reëls jeens voorinlywingskontrakte neergelê.⁹ Die vernaamste kenmerke van die beslissing is:

- a) die onvermoë van die maatskappy om 'n kontrak wat voor die inkorporasiedatum aangegaan is af te dwing en te ratifiseer; en
- b) dat die "agent", wat voorgegee het om namens die maatskappy op te tree persoonlike aanspreeklikheid op grond van die kontrak ooploop.

7 Ingevolge die gemenerereg kan iemand nie as 'n agent van 'n onbestaande prinsipaal kontrakteer nie, die rede hiervoor is dat die effek van ratifikasie terugwerkend is. *McCulloch v Fernwood Estate Ltd* 1920 AD 204:207 per hoofregter Innes: "...the rule that there can be no ratification by a principal not in existence at the date of the transaction is recognised by our law as well as the law of England." *Ex Parte Elands Properties (Pty) Ltd* 1945 TPD 37:39; *Semer v Retief & Berman* 1948 1 SA 182 K:192; *Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk v NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk* 1970 3 SA 367 A:369; *Nordis Construction Co (Pty) Ltd v Theron Burke & Isaac* 1972 2 SA 535 D:543; *Swart v Mbutzi Development (Edms) Bpk* 1975 1 SA 544 T:550; *Indrieri v Du Preez* 1989 2 SA 721 C:727; *Twenty Seven Bellevue CC v Hilcove* 1992 4 SA 523 N:524-25; *Build-a-Brick BK v Eskom* 1996 1 SA 115 O:125-26; *Michael v Caroline's Frozen Yoghurt Parlour (Pty) Ltd* 1999 1 SA 624 W:634.

8 1866 LR 2 CP 174.

9 Delpont 1977:299. Vir 'n volledige bespreking in hierdie verband, sien Easson & Soberman 1992:421-429 sowel as Reith 1983:114-115. Vir 'n volledige bespreking

Ingevolge die Engelse leerstuk van “valuable consideration” kan daar slegs van ’n afdwingbare kontrak sprake wees indien al die kontrakterende partye tot een of ander teenprestasie verplig kan word.¹⁰ Geen persoon kan gevolglik ’n kontrak ten behoeve van ’n derde sluit tensy hy dit in die hoedanigheid as verteenwoordiger van die derde doen nie.¹¹ Indien ’n maatskappy dus regte en verpligtinge uit ’n kontrak wil ooploop moet dit ingevolge die Engelse reg dus ’n nuwe kontrak na inkorporasie sluit.

Dit is nie voldoende vir die maatskappy om bloot in sy statute voorsiening te maak vir die uitvoering van enige voorinlywingskontrak nie.¹² Die maatskappy kan nie as gevolg van sy handeling gebonde gehou word, indien die maatskappy nie daadwerklik beoog het om ’n nuwe kontrak met die derde te sluit nie.¹³ Die kontrak kan dus slegs by wyse van novasie gesluit word. Vir die nuwe kontrak om tot stand te kom, moet daar bewys gelewer word van die aanvaarding, deur die ander party tot die voorinlywingskontrak, van hierdie aanbod.¹⁴

Dit is dus duidelik dat ’n gestigte maatskappy slegs gebonde gehou kan word aan ’n kontrak indien dit duidelik blyk dat dit die bedoeling van die maatskappy was om die nuwe kontrak te sluit.¹⁵ Dit vloei gevolglik hieruit voort dat ’n maatskappy nie aan ’n voorinlywingskontrak gebonde is waar die betrokke maatskappy in terme van die kontrak presteer het, aangesien die maatskappy se direkteure foutiewelik onder die indruk was dat die maatskappy inderdaad aanspreeklik was nie.¹⁶ Die rede waarom die maatskappy nie gebonde is nie, is nie te vinde in die kontrakteregreëls met betrekking tot wanvoorstelling nie, maar eerder die feit dat die maatskappy geen

van die verteenwoordigingsreg in die geval van voorinlywingskontrakte, sien Griffiths 1993:241-243.

10 Dixon 1969:35.

11 *Newborne v Sensolid* 1954 1 QB 45; *Black v Smallwood* 1966 117 CLR 52; *Hawke’s Bay Milk Corporation v Watson* 1974 1 NZLR 236; *Marblestone Industries v Fairchild* 1975 1 NZLR 543.

12 *Melhado v Porto Alegre Rail Co* (1874) LR 9 CP 503.

13 In *Natal Land and Colonization Co v Pauline Colliery and Development Syndicate* 1904 AC 120 (PC) is ’n voorinlywingskontrak gesluit waarvolgens ’n maatskappy ’n opsie sou gehad het om ’n stuk grond, wat na bewering steenkooldraend was, te huur. Die maatskappy het sekere proefnemings gedoen en inderdaad ’n aar steenkool ontdek. Die maatskappy wou sy opsie uitoefen. Die hof het egter bevind dat die handeling van die maatskappy onvoldoende was vir die hof om ’n nuwe kontrak te impliseer waarvolgens die maatskappy ’n opsie om te huur sou hê.

14 Pennington 1959:63. Vergelyk ook *Natal Land and Colonization Co v Pauline Colliery and Development Syndicate* 1904 AC 120 (PC).

15 ’n Nuwe kontrak moes dus gesluit word, of novasie moes plaasgevind het. Griffiths 1993:243. Sien ook *Howard v Patent Ivory Manufacturing Co* 1888 38 Ch D 156.

16 *Re Northumberland Avenue Hotel Co* 1886 33 Ch D 16; *Bagot Pneumatic Tyre Co v Clipper Pneumatic Tyre Co* 1901 1 Ch 196; *Re English and Colonial Produce Co Ltd*

bedoeling gehad het om 'n kontrak te sluit nie.¹⁷ Die maatskappy is in hierdie geval geregtig om getuienis ter aanduiding van sy direkteure se ingesteldheid te lei. Ten spyte van wat die direkteure mag glo, sal 'n maatskappy gebonde wees aan 'n gewysigde voorinlywingskontrak, indien die maatskappy tot hierdie wysigings toegestem het. Die rede hiervoor is dat die maatskappy die sluiting van 'n bindende kontrak beoog het, toe dit tot die wysigings toegestem het.¹⁸

Dit is ooglopend dat bogenoemde situasie onbevredigend en selfs uiters onbillik kan wees. Die Engelse howe het dit besef, maar kon geen gronde vir verligting in die gewone kontrakteregreëls vind nie. Dit is in lig hiervan dat daar deur sommige skrywers na hierdie aspek verwys is as "...one of the weakest points of English Company Law".¹⁹

3.2 Statutêre ingrype

Die Engelse maatskappyereg is sedertdien hersien en die *Companies Act* van 2006 is gevolglik gepromulgeer. Voorinlywingskontrakte word deur artikel 51 van die 2006 wet gereël. Hierdie artikel lees soos volg:

51 Pre-incorporation contracts, deeds and obligations

(1) A contract that purports to be made by or on behalf of a company at a time when the company has not been formed has effect, subject to any agreement to the contrary, as one made with the person purporting to act for the company or as agent or it, and he is personally liable on the contract accordingly.

(2) Subsection (1) applies—

(a) to the making of a deed under the law of England and Wales or Northern Ireland, and

(b) to the undertaking of an obligation under the law of Scotland, as it applies to the making of a contract.

Artikel 51 is 'n woordelikse oornamie van artikel 36C van die *Companies Act* van 1989. Die bespreking van artikel 36C wat volg is dus ook op artikel 51 van die *Companies Act* van 2006 van toepassing. Die Wetgewer in Engeland het 'n gulde geleentheid verspil om die probleme wat met artikel 36C ondervind is aan te spreek.

1906 2 Ch 435 CA; *JM & JH Robertson v Beatson, M'Leod & Co Ltd* 1908 S.C. 921:928; *FJ Neale (Glasgow) Ltd v Vickery* 1971 S.L.T. (Sh.Ct.) 88.

17 Pennington 1959:63.

18 *Howard v Patent Ivory Manufacturing Co* 1888 38 Ch D 156.

Subartikel (1) van Artikel 36C²⁰ van die *Companies Act* 1989 lees soos volg:

A contract which purports to be made by or on behalf of a company at a time when the company has not been formed has effect, subject to any agreement to the contrary, as one made with the person purporting to act for the company or as agent for it, and he is personally liable on the contract accordingly.

Artikel 36C(2) maak subartikel (1) ook van toepassing tot die opstel van 'n akte. Behalwe vir hierdie toevoeging, is artikel 36C(1) in wese dieselfde as sy voorganger artikel 36(4) van die *Companies Act* 1985. Artikel 36(4) was op sy beurt bloot 'n insluiting van artikel 9(2) van die *European Communities Act* 1972, wat gepromulgeer is ten einde uitvoering te gee aan artikel 7 van die Eerste Raadsdirektief van die Europese Unie.²¹

Artikel 7 het oorspronklik soos volg in Frans ge lees:

“Si des actes ont été accomplis au, nom d’une société en formation, avant l’acquisition par celle-ci de la personnalité morale, et si la société ne reprend pas les engagements résultants de ces actes, les personnes qui les ont accomplis en sont solidairement et indéfiniment responsables, sauf convention contraire.”²²

Dit is opvallend dat die Engelse wetgewing in hierdie verband die aanbevelings van die *Jenkins Committee Report on Company Law Reform*²³ geïgnoreer het en nie die ratifikasie van voorinlywingskontrakte moontlik gemaak het nie. Die Engelse wetgewing blyk dus in hierdie verband dit as enigste oogmerk te hê om bloot met die Europese Unie se direktief te konformeer. Daar is dus niks meer as die blote minimum gedoen nie.²⁴

19 Griffiths 1993:241; Gross 1971:367.

20 Ingevoeg deur artikel 130 C.A. in 1989. Hierdie artikel het in werking getree op 31 Julie 1990.

21 68/151: [1968] J.O. L65/8; O.J. Sp. Ed. 41. Hierdie artikel het sy oorsprong in die kontinentale reg. Sien artikel 164 van die BGB waar 'n uitsondering op die gewone verteenwoordigingsreëls ten opsigte van persone wat namens 'n te-stigte maatskappy handel geskep word. Sien ook Reith 1988:115, voetnoot 22. Dit is egter belangrik om daarop te let dat artikel 36C slegs van toepassing is op maatskappye wat in Groot-Brittanje geïnkorporeer is. Sien *Rover International Ltd v Cannon Film Sales Ltd* 1987 BCLC 540 and 1987 3 BCC 369. Vir kritiek wat teenoor hierdie eng interpretasie van die woord “company” in hierdie saak uitgespreek is, sien Griffiths 1993:250-252.

22 Die Engelse vertaling hiervan lui soos volg: “If, before a company being formed has acquired legal personality, action has been carried out in its name and the company does not assume the obligations arising from such action, the persons who acted shall, without limit, be jointly and severally liable therefor, unless otherwise agreed.” Sien Easson en Soberman 1992:437.

23 1962.

24 Easson en Soberman 1992:437.

Dit is nie 'n vereiste in terme van artikel 36C(1)²⁵ dat daar reeds stappe geneem moes wees ten tyde van die sluiting van die voorinlywingskontrak, in verband met die oprigting die maatskappy nie. In dieselfde asem moet egter genoem word dat 'n kontrak nie geldiglik gesluit kan word namens 'n maatskappy wie se oprigting nog nie beoog is ten tyde van kontraksluiting nie.²⁶ 'n Maatskappy, byvoorbeeld 'n rakmaatskappy, wat op 'n sertifikaat van inlywing wag as gevolg van 'n naamsverandering²⁷ is nie 'n maatskappy “that has not been formed” vir die doeleindes van artikel 36C(1) nie.²⁸ Dieselfde geld ook vir 'n maatskappy waarvan die naam verkeerd in 'n kontrak beskryf is.²⁹

Daar bestaan steeds onsekerheid aangaande die interpretasie van die woorde: “at a time when the company has not been formed”. Alhoewel die interpretasie in *Phonogram Ltd v Lane*³⁰ hieraan gegee is dat die statutêre bepaling van toepassing is op 'n maatskappy waarvan die oprigting beoog word, maar waar die proses van inkorporasie nog nie begin het nie, word hierdie interpretasie steeds as te “eng” deur sommige skrywers³¹ beskou. Die 2006 *Companies Act* het ook nie 'n oplossing in hierdie verband gebied nie, aangesien daar basies met die ou artikel 36C van die 1985 *Companies Act* volhard word.

3.3 Aanspreeklikheid ingevolge voorinlywingskontrakte

Artikel 36C(1) van die *Companies Act* 1985 het heelwat gedoen om die onhoudbare gemeenregtelike situasie te verlig. Die howe kyk ingevolge hierdie artikel na die bedoeling van die partye en in sommige gevalle kyk die hof selfs na die wyse waarop die handtekening op die kontrak aangebring is.

*Kelner v Baxter*³² is in terme van die gemenerereg beslis. In hierdie saak het drie promotors 'n kontrak in hul eie name onderteken “on behalf of the Gravesend Royal

25 *Companies Act* 1985.

26 *Cotronic (UK) Ltd v Dezonie (t/a Wendaland Builders Ltd)* [1991] BCC 200. In hierdie saak het D namens 'n maatskappy gekontrakteer wat sonder sy medewete van die register verwyder is, 'n nuwe maatskappy met dieselfde naam is egter drie jaar later gestig. Vir 'n kritiese beskouing van hierdie saak, sowel as hierdie aspek van die statutêre bepaling, sien Griffiths 1993:248-250.

27 Dit word vereis deur artikel 28(6) van die *Companies Act* 1985.

28 *Oshkosh B'Gosh Inc v Dan Marbel Inc* (1988) 4 BCC 795. Vir 'n bespreking van hierdie saak, sien Griffiths 1993:247.

29 *Badgerhill Properties Ltd v Cottrel* [1991] BCC 463.

30 1981 3 All ER 182.

31 Le Gall 1992:427; Griffiths 1993:246-250.

32 (1866) LR 2 CP 174.

Alexandra Hotel Company Limited”, ’n maatskappy wat nog opgerig moes word. Daar is beslis dat dié drie persone persoonlik aanspreeklik gehou moes word vir ’n hoeveelheid wyn wat reeds bestel was.

Die hof het egter ’n ander rigting in *Newborne v Sensolid*³³ ingeslaan, deurdat die hof ’n ander bedoeling kon aflei. In hierdie geval was die eiser ’n promotor wat later ook ’n direkteur van die maatskappy (Leopold Newborne (London) Ltd) was. Die eiser het ’n kontrak met die verweerder gesluit voordat die maatskappy geregistreer is. Die kontrak is geteken “Leopold Newborne (London) Ltd” met die eiser se naam onderaan geteken vir bevestigingsdoeleindes. Die eiser het probeer om die kontrak af te dwing en was onsuksesvol. Die hof het *Kelner v Baxter* geïnterpreteer op grond van die wyse waarop die kontrak onderteken is en gevolglik bevind dat die kontrak met die “maatskappy” gesluit is, wat natuurlik op daardie stadium nog nie bestaan het nie, en nie met die eiser nie. Die kontrak was gevolglik onafdwingbaar. Dit volg dus dat die promotor ook nie ingevolge die kontrak gebonde gehou kon word nie.³⁴

Dit blyk duidelik dat artikel 36C(1) enige subtiele onderskeidings soos in bogenoemde twee sake getref, irrelevant maak na aanleiding van die beslissing van die Engelse Appèlhof in *Phonogram Ltd v Lane*.³⁵ In hierdie saak wou Lane ’n maatskappy genaamd “Fragile Management Ltd” oprig, wat vir ’n popgroep reklame sou maak. Ter finansiering van die projek leen Lane £12,000 van Phonogram Ltd., Lane ontvang toe die eerste deel van die ooreengekome bedrag, naamlik £6,000. In ’n brief onderteken deur Lane “for and on behalf of Fragile Management Ltd.” is ’n onderneming gegee om die £6,000 terug te betaal indien die transaksie deur die mat

33 [1954] 1 QB 45. Vir ’n volledige bespreking van hierdie beslissing, sien Easson en Soberman 1992:429-430.

34 Daar was geen beslissing of die promotor op grond van waarborgbreuk gebonde gehou kan word nie. As daar na die *dicta* in *Newborne v Sensolid* [1954] 1 QB 45:45-47 gekyk word, blyk dit dat die promotor nie gebonde gehou kan word nie. Die Hooggeregshof van Australië het egter anders bevind, deurdat die promotor wel op hierdie grond gebonde gehou kan word in *Black v Smallwood* [1966] ALR 744. Vir ’n volledige bespreking van *Black v Smallwood* sien Easson en Soberman 1992:430-432. ’n Interessante beslissing het homself ook in hierdie verband in Kanada voorgedoen. In *Westcom Radio Group Ltd v Mac Isaac et al* 1989 63 DLR (4th edition) 433 het die hof nadat *Black v Smallwood* oorweeg is, die volgende beslis: (op 439 voetnoot 7) “...one should begin by determining whether the arrangement, when considered as a whole, indicates an intention to look to the defendant personally or solely to the company. The learned trial Judge found that the evidence indicated that the plaintiff was looking solely to the company. On the basis of the *Black* principle, the plaintiff’s action must fail at common law.” Vir ’n bespreking van *Westcom Radio Group Ltd v Mac Isaac et al*, sien Le Gall 1992:426-429.

35 [1982] QB 938.

sou val. Die transaksie het toe inderdaad deur die mat geval en die maatskappy is nooit opgerig nie.

Phonogram het vir Lane gedagvaar ten einde hul fondse terug te kry. Die Engelse Appèlhof het bevind dat Lane aanspreeklik was op grond van artikel 9(2) van die *European Communities Act* 1972. Lane het voorgegee om die agent te wees van 'n maatskappy wat nog nie gevorm was nie, dit het duidelik binne die bestek van die artikel geval en dit het nie saak gemaak dat beide partye ten tyde van kontraksluiting bewus was van die feit dat die maatskappy nog nie bestaan het nie. Dit is dus duidelik dat die gemeenregtelike onderskeide op grond van die wyse van ondertekening van die kontrak deur artikel 9(2) van die tafel gevee is. Indien die situasie in *Newborne v Sensolid*³⁶ hom dus nou weer moet voordoën, is dit duidelik dat die promotor in daardie geval wel aanspreeklik gehou sal kan word op grond van die kontrak. *In casu* het die promotor egter probeer om die kontrak af te dwing en artikel 36C(1) maak nie vir hierdie situasie voorsiening nie. Daar heers onsekerheid in hierdie opsig en alhoewel 'n strenge interpretasie van artikel 36C(1) nie 'n reg aan die promotor vir die afdwinging van die kontrak toestaan nie, voel die meeste skrywers dat die promotor wel in staat moet wees om so 'n reg vanuit die artikel te verkry.³⁷

Artikel 36C(1) laat egter verder die meeste gemeenregtelike bepalings aangaande voorinlywingskontrakte onveranderd. 'n Voorinlywingskontrak bind dus nie 'n maatskappy nie,³⁸ dit kan ook nie deur 'n maatskappy afgedwing word nie³⁹ en kan helaas ook nie deur 'n maatskappy na sy inkorporasie geratifiseer word nie.⁴⁰

Griffiths⁴¹ opper die interessante punt dat daar onsekerheid bestaan oor die presiese aard van die statutêre kontrak. Dit is nie moontlik om uit die bewoording van die artikel af te lei of die bedoeling is dat beide die verteenwoordiger sowel as die kontrakteur (derde) die reg het om 'n kontrak wat in terme van die gemenereg nietig

36 [1954] 1 QB 45.

37 Vir 'n volledige bespreking in hierdie opsig, sien Bowen 1995:39-40.

38 *Re English and Colonial Produce Co Ltd* [1906] 2 Ch 435 (CA).

39 *Natal Land and Colonization Co Ltd v Pauline Colliery and Development Syndicate* 1904 AC 120 (PC).

40 *Kelner v Baxter* (1886) LR 2 CP 174 (Court of Common Pleas). Sien Griffiths 1993:244 waar die skrywer aantoon dat dit nooit die oogmerk van die statutêre bepaling was om die ratifikasie van voorinlywingskontrakte moontlik te maak nie, maar eerder om die risiko van nietigheid wat in die geval van voorinlywingskontrakte bestaan het, te verwyder.

41 1993:245.

sou wees, af te dwing nie. Hierdie spesifieke aspek is nog nie in regspraak waar die statutêre bepaling ter sprake was, aangeraak nie.⁴² Daar moet met Griffiths⁴³ saamgestem word, dat dit die wetgewer se bedoeling blyk te wees om aan beide partye 'n afdwingingsreg toe te staan.⁴⁴

Die *Jenkins Committee Report on Company Law Reform* van 1962 het aanbeveel dat dit wel moontlik moet wees vir 'n maatskappy om eensydig 'n voorinlywingskontrak te kan afdwing. Hierdie aanbeveling is slegs opgeneem in die abortiewe *Companies Bill* van 1973. Dit is slegs moontlik vir 'n promotor om 'n voordeel aan 'n maatskappy oor te dra ten tyde van inkorporasie en geen verpligtinge nie. Die gevolg hiervan is dat die promotor steeds persoonlik aanspreeklik bly. Daar is in *Rita Joan Dairies Ltd v Thompson*⁴⁵ bevind dat 'n promotor nie 'n voorinlywingskontrak namens 'n te stigte maatskappy as 'n trustee mag sluit nie, hy moet dit in sy hoedanigheid as 'n agent doen.

Die enigste wyse waarop die nuut gestigte maatskappy dus 'n voorinlywingskontrak kan "aanneem" is dus deur middel van novasie. Ingevolge hierdie proses sluit die maatskappy 'n nuwe kontrak met dieselfde terme as die oorspronklike kontrak met die derde. Novasie kan uit die optrede van die partye afgelei word. Dit blyk egter dat die hof vereis dat die direkteure van die nuut gestigte maatskappy "direct their minds to the issue", en indien die kontrak op grond waarvan daar deur die maatskappy opgetree word 'n variasie in terme bevat, word dit as genoegsaam beskou vir die hof om af te lei dat novasie inderdaad plaasgevind het.⁴⁶

Indien 'n bewys soos die wysiging van terme ontbreek sal dit uiters moeilik wees om die hof te oortuig dat die partye inderdaad novasie beoog het en nie bloot op grond

42 *Rover International v Cannon Film Sales Ltd* 1987 3 BCC 369; *Cotronic (UK) Ltd v Dezonite* 1991 BCC 200. In beide hierdie sake het die hof egter beslis dat die kontrakte wat nietig was in terme van die gemenerereg, nie binne die bestek van die statutêre bepaling tuisgehoort het nie, en as gevolg hiervan kon die kontrakte nie deur die agent afgedwing word nie.

43 1993:246.

44 Indien die agent van 'n afdwingingsreg ontnem sou gewees het, sou daar in effek 'n kontrak sonder wederkerigheid geskep word. Hierdie bedoeling kan nie uit die statutêre bepaling afgelei word nie. Sien ook Gower 1992:308.

45 [1974] NZLR 285.

46 *Howard v Patent Ivory Manufacturing Co* (1888) 38 Ch D 156.

van hul foutiewe geloof, dat die voorinlywingskontrak inderdaad geldig is, gehandel het nie.⁴⁷

Soos reeds genoem is die promotor persoonlik aanspreeklik op grond van die kontrak in terme van artikel 36C(1). Die artikel maak egter voorsiening vir die uitsluiting van persoonlike aanspreeklikheid van die promotor deurdat dit bepaal dat die promotor persoonlike aanspreeklikheid ooploop "...subject to any agreement to the contrary."

Sommige skrywers⁴⁸ voer aan dat die promotor persoonlike aanspreeklikheid sal vryspring deur die kontrak bloot as "agent" te onderteken. Hierdie skrywers voel dus dat die ondertekening van die kontrak as "agent" sou impliseer dat daar 'n stilswyende ooreenkoms tussen die agent en die derde bestaan dat slegs die maatskappy gebonde gehou moet word in terme van die kontrak. Hierdie standpunt is egter deur al drie die regters in *Phonogram v Lane*⁴⁹ verwerp. Die regters het hierdie saak korrek beslis, aangesien artikel 36C(1) spesifiek bepaal:

A contract... has effect as one made with the person purporting to act for the company or as agent of it...⁵⁰

Die regters was dit eens dat 'n duidelike uitsluiting van persoonlike aanspreeklikheid nodig was. Lord Denning het verder vereis dat hierdie uitsluiting uitdruklik moes wees en dus nie stilswyend van aard kon wees nie. Die veiligste metode vir 'n promotor om dus persoonlike aanspreeklikheid vry te spring is om dit aan die derde party duidelik te maak, verkieslik as een van die terme van die kontrak, dat hy nie op grond van die kontrak persoonlik aanspreeklik is nie.⁵¹

3.4 Billikheidsremedies by voorinlywingskontrakte

Dit is onbillik dat maatskappye voordele uit transaksies trek as gevolg van kontrakte gesluit voor hul inlywing en dat hulle dan nie hul verpligtinge in terme van hierdie kontrakte hoef na te kom nie.

47 In *Re Northumberland Avenue Hotel Co* (1886) 33 Ch D 16 is bevind dat hierdie handeling, op grond van die foutiewe geloof dat die voorinlywingskontrak inderdaad geldig is, onvoldoende is om novasie daar te stel.

48 Chesire 1976:462.

49 [1982] QB 938.

50 Eie beklemtoning.

51 Vir 'n meer gedetailleerde bespreking van die presiese inhoud van so 'n klousule, sien Bowen 1995:41-42.

Die hoewe het buite die kontraktereg remedies begin toestaan, so byvoorbeeld sal promotors wat voor die inkorporeringsdatum dienste gelewer het wat die waarde van die maatskappy se eiendom verhoog, 'n billikheidseis teen daardie betrokke eiendom hê vir die waarde van hul dienste gelewer,⁵² of hulle kan die maatskappy aanspreeklik hou vir die *quantum meruit*.⁵³

Daar bestaan verwarring in die Engelse reg of 'n derde wat met die maatskappy se promotors gekontrakteer het, sy eis teen die maatskappy kan afdwing deur middel van subrogasie van die promotors se regte teen die maatskappy.⁵⁴

Uit bogenoemde is dit duidelik dat die verwarring wat in hierdie area heers die eiser se remedies tans uiters onseker laat.

3.5 Voorinlywingskontrakte is bindend op partye wat dit sluit

Alhoewel 'n kontrak gesluit voor die inlywing van 'n maatskappy nie die maatskappy kan bind nie, is dit nie geheel en al van regsgevolge gestroop nie. Die persone wat namens die maatskappy opgetree het word persoonlik aanspreeklik gehou vir enige skade gely weens die verbreking van die maatskappye se verpligtinge.⁵⁵ Die verteenwoordigers van die maatskappy bly aanspreeklik selfs indien die kontrak self bepaal dat vorderings slegs teenoor die maatskappye se opbetaalde kapitaal afdwing kan word.⁵⁶

3.6 Gevolgtrekking

Uit bogenoemde blyk dit duidelik dat die Engelsregtelike oplossing nie bevredigend is nie.⁵⁷ Die grootste enkele tekortkoming blyk die beheptheid met die nieratifiseerbaarheid van voorinlywingskontrakte te wees. Daar was ook onsekerheid oor verskeie ander aspekte aangaande artikel 36C. Hierdie onsekerheid en gebreke

52 *Re Hereford and South Wales Waggon and Engineering Co* 1876 2 ChD 621.

53 *Re Empress Engineering Co* 1880 16 ChD 125.

54 Sien Pennington 1959:64. Sien ook *Tousche v Metropolitan Railway Earehousing Co* 1871 6 Ch App 671; *Melhado v Porto Algre Rail Co* (1874) LR 9 CP 503; *Bagot Pneumatic Tyre Co v Clipper Pneumatic Tyre Co* 1902 1 Ch 146; *Re National Motor Mail Coach Co Clinton's Claim* 1908 2 Ch 515.

55 *Kelner v Baxter* 1866 LR 2 CP 174.

56 *Scott v Lord Elbury* 1867 LR 2 CP 255.

wat in artikel 36C aanwesig was, is nie reggestel met die aanvaarding van artikel 51 van die 2006 *Companies Act* nie, aangesien hierdie artikel 'n woordelike oornam van artikel 36C is. Die gevolg is dat die Engelsregtelike reëling nie van veel waarde vir die oplossing van Suid-Afirikaanse probleme is nie.

4. POSISIE IN DIE VSA

4.1 Gemeenregtelike posisie

Die gemeenregtelike posisie geld in Amerika net soos in Engeland dat 'n verteenwoordiger nie 'n kontrak namens 'n onbestaande prinsipaal mag sluit nie:

Without a principal in existence at the time the purported agent acts, there can be no authority. Accordingly, the promoter lacks authority to bind the corporation to any transaction entered before the corporation existed.⁵⁸

Net soos in Engeland is die Amerikaanse juriste gekonfronteer met legio probleme wat in hierdie verband ontstaan:

The courts in interpreting and enforcing these agreements have made a sincere attempt to effect justice, and, at the same time, with rather disastrous results, to adapt contract law to the unusual situations involved. Since crystallized law has frequently no application, it is difficult to regard the decisions as precedents, for they seem predicated primarily on the facts, and only secondarily on the law. Resorting to the rules of law in these cases, particularly in this country, is an afterthought necessary to sustain and place them in some recognized category.⁵⁹

Dit is ook so in die VSA dat die nuut gestigte maatskappy nie 'n kontrak mag ratifiseer nie, maar wel kan aanneem.⁶⁰ Indien die persone in beheer van die nuut gestigte maatskappy weier om die kontrak aan te neem, is die maatskappy in

57 Griffiths 1993:252-253; Law Commission Consultation Paper No. 121 (1991), paragrawe 5.20 tot 5.23. Sien ook Le Gall 1992:425-429.

58 *Clifton v Tomb* 21 F.2d 893 (4th Cir 1927).

59 Ehrlich en Bunzl 1929:1012.

60 *McArthur v Times Printing Co* 48 Minn 319, 51 NW 216 (1892). Die praktiese verskil tussen ratifikasie en 'n blote aanname van die kontrak, is dat die kontrak geag in stand gekom het op die oomblik van aanname en nie terugwerkend soos met ratifikasie die geval is nie.

beginsel nie gebonde aan die kontrak nie.⁶¹ Indien die weiering om die kontrak aan te neem nie so direk is nie, kan dit egter probleme tot gevolg hê.

*McArthur v Times Printing Co*⁶² dien ter illustrasie van bogenoemde probleem. In hierdie saak het die promotor 'n kontrak gesluit in terme waarvan die eiser vir 'n tydperk van een jaar as advertensiewerwer vir 'n beplande koerantmaatskappy aangestel is. Nadat die maatskappy ingelyf is, het die direksie geen formele stappe geneem om dié betrokke kontrak aan te neem nie. Nieteenstaande dit het die eiser wel vir die maatskappy begin werk. Elkeen van die maatskappy se aandeelhouders, direkteure en beamptes was bewus van die voorinlywingskontrak wat met die eiser gesluit is. Daar was geen formele stappe om die kontrak te repudieer, te aanvaar of te heronderhandel nie, totdat die eiser skielik na ses maande in die pad gesteeek is.

Die hof het bevind dat die persone in beheer van die maatskappy stilswyend die kontrak aangeneem het, deurdat hulle deurentyd bewus was van die inhoud en bestaan van die voorinlywingskontrak. Uit dié saak is dit duidelik dat die leerstuk van “no principal, no authority” deur die erkenning van stilswyende aanvaarding getemper word.

In die VSA word die voorinlywingskontrak dus as 'n ope aanbod vir aanvaarding deur die maatskappy gesien, gevolglik word enige handeling deur die maatskappy na inkorporasie wat op die vorming van die nuwe kontrak dui dus as aanvaarding van die aanbod gesien en nie bloot as 'n aanbod deur die maatskappy nie.⁶³

4.2 Aanvaarding van voorinlywingskontrakte en bedoeling van partye

Soos duidelik blyk uit *Kridelbaugh v Aldrehn Theatres Co*⁶⁴ is daar duidelike limiete wat stilswyende aanvaarding aanbetref. In hierdie saak het die hof geweier om te bevind dat die inkorporasie van 'n maatskappy neergekom het op die stilswyende aanvaarding van 'n voorinlywingskontrak met 'n prokureur om die maatskappy teen vergoeding op die been te bring. Die hof het daarop gewys dat die maatskappy geen

61 Die uitsondering mag wees indien die derde met 'n eis vir ongeregverdigde verryking teen die maatskappy kan slaag. Byvoorbeeld *David v Southern Import Wine Co* 171 So 180 (La App 1936).

62 48 Minn 319, 51 NW 216 (1892).

63 *McArthur v Times Printing Co* 48 Minn. 319, 51 N.W. 216 (1892); *Kirkup v Anaconda Amusement Co* 1921 59 Mont 469; *Kridelbaugh v Aldrehn Theatres Co* 1923 195 Iowa 147.

64 195 Iowa 147, 191 NW 803 (1923).

keuse met betrekking tot die aanvaarding van die prokureur se dienste gehad het nie. In hierdie saak het die hof eerder bevind dat die kontrak wel aanvaar is uit die feit dat die direkteur die prokureur versoek het om verdere werk te verrig, sodat die maatskappy fondse kon in om die prokureur vir sy dienste te vergoed.

Indien 'n maatskappy versuim, om watter rede ook al, om die kontrak aan te neem, of te presteer in terme van die voorinlywingskontrak is die promotor op grond van die kontrak aanspreeklik, tensy dit bewys kan word dat die derde party slegs die bedoeling gehad het om die maatskappy gebonde te hou, en nie die promotor self nie.⁶⁵ Hierdie reël het groot verwarring tot gevolg gehad, met litigante en howe wat met groot erns probeer bepaal het wie nou eintlik as 'n promotor beskou moes word.⁶⁶

Die kwessie behoort nie te wees wie as 'n promotor beskou moet word nie, maar eerder wat die "bedoeling" van die partye tot die kontrak was. Indien die partye bedoel het dat 'n party gebonde behoort te wees in terme van 'n voorinlywingskontak sal daardie persoon aanspreeklik wees. Aan die ander kant, indien die partye nie bedoel het dat 'n persoon gebonde sal wees aan 'n voorinlywingskontrak nie, sal hy nie wees nie.⁶⁷

Dit is interessant om waar te neem dat die algeme reël dat die promotor aanspreeklik is, eintlik bloot in uitsonderingsgevalle in die VSA geld (wanneer die hof nie die bedoeling van die partye kan vasstel nie).

Dit is duidelik dat dit dus gaan om die bedoeling van die partye. Drie verdere vrae kom egter nou na vore: (1) Wat is die verskillende opsies wat die partye moontlik beoog het?; (2) Watter bewyse kan gebruik word om die partye se onderskeie bedoelings vas te stel?; (3) Wat is die beleidsrede agter die howe se besluit om die primêre reël een te maak waar die promotor aanspreeklik gehou word?

65 *Goodman v Darden, Doman & Stafford Associates* 100 Wash 2d 476, 670 P2d 648 (1983).

66 *McDaniel v Service Feed & Supply Inc* 271 Md 371, 316 A2d 800 (Md Ct App1974).

67 *Gevurtz* 2000:47; sien ook *Hamilton* 1997:160-161.

4.3 Opsies wat partye kon beoog

Volgens Gevurtz⁶⁸ is daar vier moontlikhede. Die eerste alternatief is dat die partye geen ooreenkoms tussen die promotor en derde beoog het nie. Die maatskappy bestaan egter nog nie, dus het die derde 'n kontrak met niemand gesluit nie. Daar is egter alreeds op die terme van die kontrak ooreengekom wat die maatskappy na totstandkoming kan aanvaar. Daar word dus 'n blote aanbod van die derde aan die te stigte maatskappy gemaak. Aangesien dit egter 'n blote aanbod is, kan die derde te eniger tyd die aanbod terugtrek voordat die aanbod deur die maatskappy aanvaar word.

Die tweede moontlikheid is dat die kontrak gesluit is tussen die promotor en die derde party (die primêre reël). Nadat die maatskappy opgerig word kan die maatskappy die kontrak aanvaar en daardeur stem die maatskappy toe tot beide die voordele en verpligtinge (van die promotor) ingevolge die kontrak. Indien die maatskappy om enige rede versuim om te presteer, bly die promotor aanspreeklik, aangesien die kontrak met die promotor gesluit is.⁶⁹

Die derde moontlikheid sou wees waar die promotor wel aanspreeklik is totdat die maatskappy uiteindelik gestig word en dan die kontrak aanvaar. Die aanvaarding deur die maatskappy word dan beskou as 'n novasie van die promotor se verpligting teenoor die derde, en gevolglik kan die derde nie meer die promotor aanspreeklik hou nie.⁷⁰ Die kontrak tussen die derde en die promotor is dus onderhewig aan die ontbindende voorwaarde dat die derde die aanvaarding deur die maatskappy sal beskou as 'n novasie van die promotor se verpligtinge.

Die vierde moontlikheid gaan terug na die idee dat die derde party moontlik 'n aanbod aan die te stigte maatskappy kan maak. Die promotor kan hierdie herroepbare aanbod in 'n opsiekontrak verander deur een of ander prestasie aan die derde te gee, ten einde die derde te vergoed dat hy die aanbod sal oophou. Hierdie prestasie mag kontant of selfs die promotor se belofte wees dat hy alles in sy vermoë sal doen om te verseker dat die maatskappy opgerig word en die kontrak aanvaar (die sogenaamde "best efforts" -leerstuk).

68 Gevurtz 2000:48.

69 *O'Rorke v Geary* 56 A 541 (Pa 1903); *Stanley J How & Associates Inc v Boss* 222 F.Supp 936 (SD Iowa 1963); *Goodman v Darden, Doman & Stafford Associates* 670 P 2d 648 (Wash 1983); *Coopers & Lybrand v Fox* 758 P 2d 683 (Colo App 1988).

70 *Frazier v Ash* 234 F 2d 320 (5th Cir 1956).

Daar is egter verskeie probleme met hierdie interpretasie: Daar is gewoonlik 'n tydselement aan 'n opsiekontrak gekoppel en dit blyk te ontbreek in hierdie geval. Die bepaalde voordeel wat die derde mag toekom in sekere gevalle kan ook problematies wees deurdat dit dalk ontasbaar of nie gespesifiseer mag wees nie.

Die derde alternatief is gewoonlik die voordeligste vir die promotor. Dit is baie belangrik dat die bedoeling duidelik weergegee word in die kontrak wat tussen die promotor en die derde gesluit word. Indien daar egter nie 'n duidelike bedoeling uit die kontrak afgelei kan word nie, kan die hof moontlik na die volgende kyk ten einde die bedoeling van die partye af te lei:

(a) Die taalgebruik in die kontrak van die partye

Die enigste aanduiding mag die wyse wees waarop die promotor die kontrak onderteken het. Die hof in die VSA het teenstrydige beslissings in hierdie verband gegee. In *Goodman v Darden, Doman & Stafford Associates*⁷¹ het die Hoë Hof van Washington bevind dat die taalgebruik waar die promotor die kontrak onderteken het “as President of a corporation to be formed”, bloot die vraag na vore laat kom oor wat presies die partye se bedoeling was, en dat dit nie op sigself genoeg is om die vermoede dat die promotor op grond van die kontrak aanspreeklik gehou word, kan weerlê nie.

In Tennessee het die Appèlhof in *Company Stores Development Corp v Pottery Warehouse Inc*⁷² verskillend beslis. Hier het die hof bevind dat die verweerder nie aanspreeklik was waar hy die kontrak onderteken het: “as President for a corporation to be formed” nie. Belangrike fakore in hierdie verband mag wees wie die kontrak opgestel het en wie die vorm van ondertekening voorgestel het.

In *Quaker Hill, Inc. v Parr*⁷³ het die eiser 'n promesse opgestel waarin die maatskappy (nog nie opgerig) as die debiteur benoem word en die verweerder het dit geteken as die stigter maatskappy se president. Die hof het bevind dat daar nie 'n bedoeling aanwesig was om die verweerder (promotor) persoonlik aanspreeklik te hou nie. In *Stanley J How & Associates, Inc v Boss*⁷⁴ het die hof bevind dat waar 'n promotor 'n kontrak onderteken as: “...agent for a corporation to be formed who will

71 100 Wash 2d 476, 670 P.2d 648 (1983).

72 733 SW 2d 886 (Tenn App 1987).

73 148 Colo 45, 364 P 2d 1056 (1961).

74 222 F Supp 936 (SD Iowa 1963).

be the obliger...” dit op die bedoeling dui om die te stigte maatskappy aanspreeklik te hou. Die hof het egter verder gegaan en bevind dat dit nie onversoenbaar is met die bedoeling dat die promotor ook aanspreeklik gehou moet word nie.

(b) Ekstrinsieke getuienis

Die kontrak mag moontlik vereis dat sekere verpligtinge nagekom moet word voordat die partye verwag die maatskappy opgerig gaan word. Dit mag daarop dui dat die promotor ook op grond van die kontrak aanspreeklik is.⁷⁵

Gesprekke tussen die partye kan moontlik ook die sluiers lig oor wat presies die partye se bedoeling was. In *Stewart Realty Co v Keller*⁷⁶ het die verweerder (promotor) uitdruklik geweier om enige kontrak te onderteken wat hom individueel as 'n party tot die kontrak benoem. Die hof het gevolglik bevind dat daar geen bedoeling was om die promotor gebonde te hou aan die kontrak nie.

In *Sherwood & Roberts-Oregan Inc v Alexander*⁷⁷ het die eiser daarop aangedring om besigheid te doen met die maatskappy en het hy geweier om met die verweerders individueel 'n kontrak te sluit. Weereens het die hof bevind dat daar geen bedoeling aanwesig was om die promotor gebonde te hou aan die kontrak nie.

Indien die hof egter al bogenoemde in ag geneem het en steeds nie die bedoeling van die partye kan vasstel nie, tree die vermoede na vore dat die promotor wel aanspreeklik gehou moet word op grond van die kontrak. Die vraag wat nou na vore tree is wat presies die beleidsposisie aangaande 'n promotor se aanspreeklikheid is.

Dit blyk basies dieselfde oorweging as in die ander jurisdiksies te wees, naamlik dat die derde aan groter risiko's blootgestel word as die promotor en gevolglik groter beskerming behoort te geniet.

75 *O'Rorke v Geary* 56 A 541 (Pa 1903); *Stanley J How & Associates Inc v Boss* 222 F Supp 936 (SD Iowa 1963); *Goodman v Darden, Doman & Stafford Assoc* 670 P 2d 648 (Wash 1983); *Coopers & Lybrand v Fox* 758 P 2d 683 (Colo App 1988).

76 118 Ohio App 49, 193 NE 2d 179 (1962).

77 269 Or 389, 525 P 2d 135 (1974).

4.4 Vertrouensverpligtinge van promotors

Die vertrouensverpligtinge van promotors kan in vier kategorieë verdeel word:

- a) Die maatskappy as die begunstigde. Nadat die maatskappy opgerig is mag dit enige voordele of regte vanaf die promotor verkry wat ten gunste van die maatskappy beding is.
- b) Medepromotors as die begunstigdes. Medepromotors is in wese vennote met betrekking tot die oprigting van die maatskappy en gevolglik moet enige regte of verpligtinge wat een promotor bekom met die ander gedeel word.
- c) Daaropvolgende beleggers as die begunstigdes. Twee moontlike benaderings in hierdie verband is in die vroeë deel van die twintigste eeu geformuleer, naamlik die “Massachusetts”-reël⁷⁸ en die “federal”-reël.⁷⁹ Ingevolge die “Massachusetts”-reël mag die maatskappy die vroeëre transaksies aanveg indien die daaropvolgende verkoop aan publieke beleggers in oorweging geneem is ten tyde van die sluiting van die vroeëre transaksie. Ingevolge die “federal”-reël kan die maatskappy nie die vroeëre transaksie aanveg nie, aangesien al die aandeelhouders ten tyde van die transaksie tot die sluiting van die transaksie toegestem het. 'n Praktiese voorbeeld ten opsigte van die werking van die reëls sou die volgende wees: A en B is die alleenaandeelhouders van maatskappy X. A en B sluit dienskontrakte met die maatskappy. Daarna word aandele aan publieke beleggers verkoop wat totaal onbewus van die dienskontrakte tussen A en B en die maatskappy is. Sodra die beleggers van die kontrakte te wete kom, teken hulle beswaar aan as gevolg van die feit dat die kompensasie wat aan A en B betaal word te veel is. Ingevolge die “Massachusetts”-reël kan die maatskappy of die daaropvolgende beleggers die sluiting van die dienskontrakte suksesvol aanveg indien die verkoop van aandele aan die publiek ten tyde van die sluiting van die dienskontrakte beoog was. Die “Massachusetts”-reël is meer gevolg as die “federal”-reël.⁸⁰ Dit gaan hier eintlik om die feit of daar genoegsame openbaarmaking van die transaksies was wat deur die promotors aangegaan is, teen die tyd dat die beleggers

78 *Old Dominion Copper Mining & Smelting Co v Bigelow* 89 NE 193 (Mass 1909).

79 *Old Dominion Copper Mining & Smelting Co v Lewisohn* 210 US 206, 28 SC 634 (1908).

80 Hamilton 1997:171.

besluit het om in die maatskappy te belê. Indien daar volle openbaarmaking was, moes die beleggers aangedring het op 'n prysvermindering van die aandele ten einde die voorafgaande transaksies in aanmerking te neem. In die moderne era doen sulke sake hulle voor as openbaarmakingsbedrog of effektebedrog eerder as promotorsbedrog.⁸¹

- d) Krediteure as die begunstigdes. Vertrouensverpligtinge kan ook krediteure teen onbillike of bedrieglike transaksies beskerm wat deur promotors gesluit word.⁸²

4.5 Gevolgtrekking

Die Amerikaanse oplossing het dieselfde gebrek as die Engelse oplossing, naamlik dat 'n nuutgestigte maatskappy nie 'n voorinlywingskontrak mag ratifiseer nie. Die enigste wyses waarop "kontraksoorname" werklik in die VSA kan plaasvind is deur sessie van regte of deur middel van novasie.

Daar word in die VSA swaar klem gelê op die bedoeling van die partye tot die kontrak. Dit is egter uiters moeilik om die presiese bedoeling van die partye vas te stel. Die Amerikaanse stelsel steun dus op onsekere interpretasiereëls ten einde die bedoeling van die partye vas te stel. As gevolg van hierdie weselike gebreke in die Amerikaanse stelsel blyk hierdie stelsel nie van veel waarde vir die oplossing van Suid-Afrikaanse probleme te wees nie.

5. POSISIE IN AUSTRALIË

5.1 Gemeenregtelike posisie

Die Australiese en Engelse gemeenregtelike situasies is in wese dieselfde. Net soos in die Engelse reg, was 'n voorinlywingskontrak nie bindend op die maatskappy nie en kon dit ook nie deur die maatskappy afgedwing word nie. Aangesien die maatskappy nog nie bestaan het ten tyde van kontraksluiting nie, kon die kontrak

81 Hamilton 1997:171.

82 Sien *Frick v Howard* 126 NW 2d 619 (Wis 1964). Die meeste van hierdie tipe transaksies kan egter ook aangeveg word op grond daarvan dat dit "fraud on creditors" daarstel.

geen regte of verpligtinge aan die maatskappy oordra nie.⁸³ Ratifikasie van die kontrak deur die maatskappy was ook nie moontlik nie. Die enigste afdwingbare vorm van die voorinlywingskontrak was deur novasie, soos in die Engelse reg. Die persoon wat die kontrak namens die te stigte maatskappy gesluit het kon persoonlik aanspreeklik gehou word op grond van die kontrak, afhangende van die bedoeling van die partye tot die kontrak.⁸⁴

5.2 Huidige posisie

Weens die ooreenstemming tussen die Australiese en Engelse gemeenregtelike posisies het dieselfde probleme as in Engeland opgeduik. Die enigste uitweg om dié onhoudbare situasie aan te spreek was deur middel van wetgewing.⁸⁵ Dit is gedoen deur die aanvaarding van artikel 81 van die *Companies Code* 1981. Die terme van artikel 81 is in artikel 183 van die *Corporations Law* 1989 vervat. Artikel 183 is op sy beurt effens vereenvoudig deur dit in drie artikels te verdeel in die *Corporations Act* 2001.⁸⁶ Dié drie artikels (131,⁸⁷ 132⁸⁸ en 133⁸⁹) van die *Corporations Act*⁹⁰ is egter in

83 Burnett 1996:410.

84 *Kelner v Baxter* (1886) LR 2 CP 174.

85 Die Australiese statutêre oplossing is grotendeels gebaseer op *Report no 8, Pre-Incorporation Contracts* van die Law Reform Commissioner of Victoria (Melbourne, Victoria:1979).

86 Die modernisasie van die Australiese Maatskappyereg het in 1996 begin met die promulgasie van die *Second Corporate Law Simplification Bill* van 1996. Hierdie voorgestelde stuk wetgewing is op sy beurt deur die *Company Law Review Bill* van 1997 vervang. Die *Company Law Review Bill* van 1997 het gelei tot die verordening van die *Company Law Review Act* van 1998 wat wysigings aan die *Corporations Law* van 1989 aangebring het. In 2001 is die 1989 *Corporations Law* herroep en deur die *Corporations Act* van 2001 vervang. Sien in hierdie verband <http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol>. Toegang op 04 Oktober 2006 om 10:18.

87 (1) If a person enters into, or purports to enter into, a contract on behalf of, or for the benefit of, a company before it is registered, the company becomes bound by the contract and entitled to its benefit if the company, or a company that is reasonably identifiable with it, is registered and ratifies the contract:

(a) within the time agreed to by the parties to the contract; or

(b) if there is no agreed time – within a reasonable time after the contract is entered into.

(2) The person is liable to pay damages to each other party to the pre-registration contract if the company is not registered, or the company is registered but does not ratify the contract or enter into a substitute for it:

(a) within the time agreed to by the parties to the contract; or

(b) if there is no agreed time – within a reasonable time after the contract is entered into.

The amount that the person is liable to pay to a party is the amount the company would be liable to pay to the party if the company had ratified the contract and then did not perform it at all.

(3) If the proceedings are brought to recover damages under subsection (2) because the company is registered but does not ratify the pre-registration contract or enter into a substitute for it, the court may do anything that it considers appropriate in the circumstances, including ordering the company to do 1 or more of the following:

wese 'n oorname van artikel 183. Daar sal gevolglik volstaan word met die bespreking van artikel 183.

Die onderliggende beleidsidee van artikel 183 was dat dit meer aanvaarbaar is vir die promotor van 'n maatskappy om 'n groter aandeel van die risiko te dra indien die maatskappy nie betyds opgerig word, of dalk glad nie opgerig word nie, of wel opgerig word, maar dan besluit om nie te presteer op grond van die kontrak wat die promotor gesluit het nie.⁹¹

Hierdie benadering weerspieël 'n oorname en verfyning van oorsese bepalings soos gevind in die *Companies Code* 1952 (Ghana) artikel 13; *Business Corporations Act* 1975 (Kanada) artikel 14⁹²; *Business Corporations Act* 1970 (Ontario) artikels 20-21; en daar is ook gekyk na die Nieu-Seelandse⁹³ statutêre oplossing.⁹⁴

Artikel 183 van die *Corporations Law* het die gemeenregtelike posisie geheel en al vervang, aangesien hierdie artikel as 'n algehele kodifikasie van die posisie aangaande voorinlywingskontrakte beskou word. 'n Persoon word geag namens 'n niebestaande maatskappy 'n kontrak te sluit wanneer hy:

- a) 'n kontrak sluit "in the name of a company, where no such company exists"⁹⁵ of
- b) 'n kontrak sluit "as agent or trustee for a proposed company".⁹⁶

-
- (a) pay all or part of the damages that the person is liable to pay;
 - (b) transfer property that the company received because of the contract to a party to the contract;
 - (c) pay an amount to a party to the contract.

(4) If the company ratifies the pre-registration contract but fails to perform all or part of it, the court may order the person to pay all or part of the damages that the company is ordered to pay.

88 (1) A party to the pre-registration contract may release the person from all or part of their liability under section 131 to the party by signing a release.

(2) Despite any rule of law or equity, the person does not have any right of indemnity against the company in respect of the person's liability under this Part. This is so even if the person was acting, or purporting to act, as trustee for the company.

89 This Part replaces any rights or liabilities anyone would otherwise have on the pre-registration contract.

90 2001.

91 1980 Verduidelikende memorandum in verband met die Proposed New Australian Company Code AGPS 28 Maart 1980:59.

92 Vir 'n gedetailleerde bespreking van artikel 14, sien Easson en Soberman 1992:439-451.

93 Vir meer oor die Nieu-Seelandse oplossing sien Watson 1985:83.

94 Tomasic *et al* 1992:148.

95 Artikel 183(1)(a)(i).

96 Artikel 183(1)(a)(ii), sien ook artikel 183(2)(b).

Subartikel 183(1)(c)(i) en (ii) verbreed die effek van die artikel sodanig dat 'n verwysing na 'n niebestaande of voorgestelde maatskappy, 'n maatskappy sou insluit wat indien gevorm redelik identifiseerbaar met die niebestaande maatskappy ten bate van wie die voorinlywingskontrak gesluit is, sou wees. Die rede vir hierdie subartikel is om te verseker dat artikel 183 steeds van toepassing is op 'n maatskappy wat opgerig word en nie wesenlik van die voorgestelde maatskappy verskil nie. 'n Voorbeeld van so 'n nie-wesenlike verskil sou wees indien die maatskappy uiteindelik onder 'n verskillende naam as oorspronklik geïnkorporeer word.⁹⁷

Dit is egter duidelik dat dit somtyds uiters moeilik kan wees om te bepaal of 'n gestigte maatskappy steeds redelik identifiseerbaar is met die maatskappy wat in die voorinlywingskontrak beoog was. Daar is al voorgestel dat artikel 183(1)(c)(ii) moontlik nie die situasie sal dek waar 'n persoon 'n kontrak as agent of trustee namens 'n maatskappy sluit wat hulle foutiewelik glo alreeds geïnkorporeer is nie.⁹⁸

Die rede vir hierdie interpretasie is dat artikel 183(1)(c) bepaal dat dit moeilik gaan wees om te bewys dat die persoon die kontrak namens 'n "proposed company" onderteken het indien hy glo dat die maatskappy alreeds bestaan. Indien hierdie standpunt egter gehandhaaf word sal enige sodanige "kontrak" nie geratifiseer kan word nie,⁹⁹ net so kan 'n bevel om skadevergoeding¹⁰⁰ te betaal dan ook nie teen die promotor toegestaan word nie. Dit is oortuigend deur skrywers aangetoon dat hierdie interpretasie van artikel 183 'n onnodige beperking op die werking van die artikel plaas en gevolglik nie in lyn met die wetgewer se bedoeling is nie.¹⁰¹

Die posisie van die verkeie partye met betrekking tot artikel 183 word deur die volgende diagram geïllustreer:

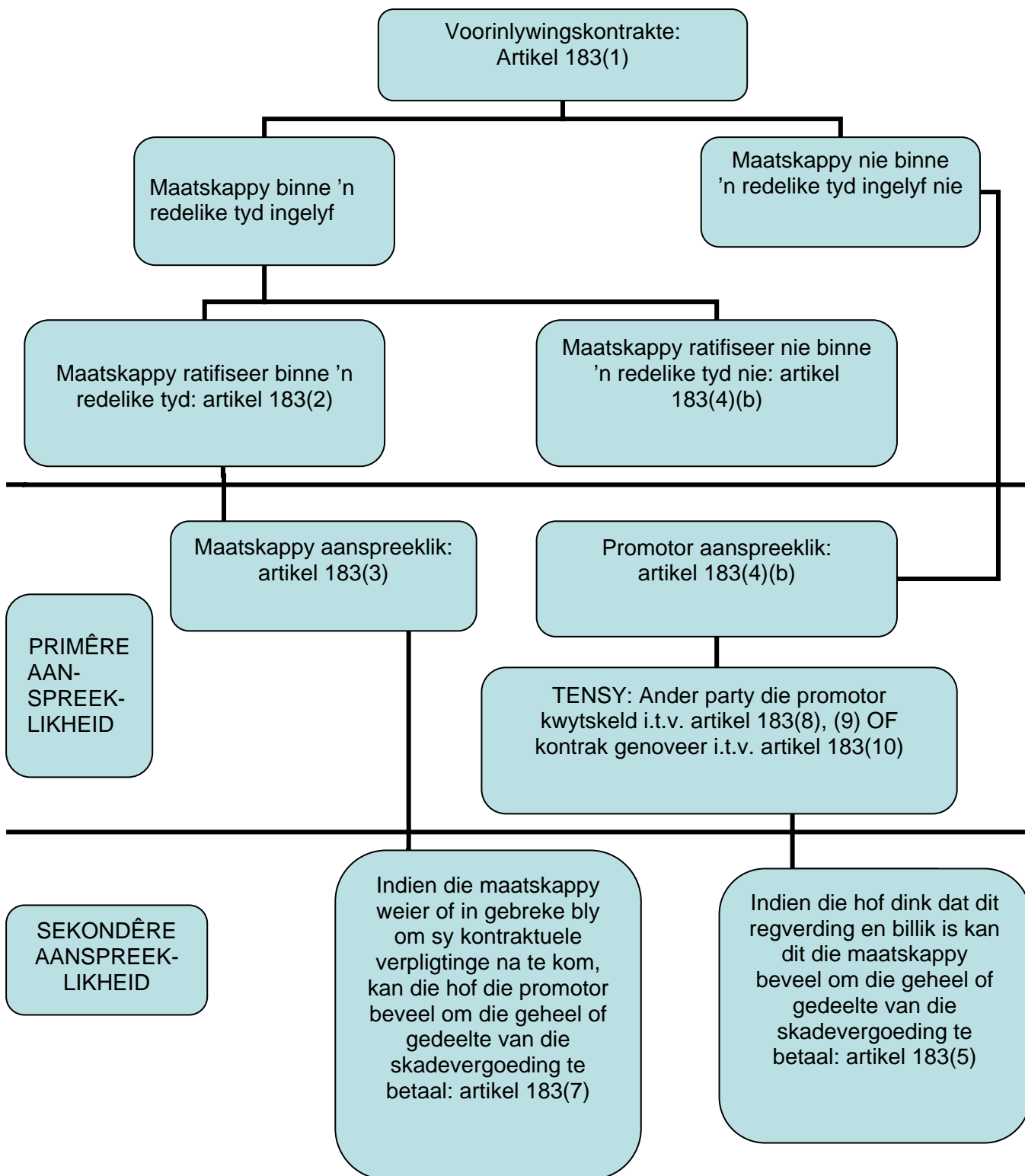
97 Tomasic *et al* 1992:148.

98 *Black v Smallwood* (1966) 117 CLR 52.

99 Ingevolge artikel 183(2).

100 Ingevolge artikel 183(4),(7). Met die idee van "skadevergoeding" is daar in die Australiese bestel weg beweeg van die kontraktuele aanspreeklikheidsbenadering wat soveel probleme in Kanada skep. Sien in hierdie verband Easson en Soberman 1992:451.

101 Tomasic *et al* 1992:149. Die werking van artikel 183 se voorganger word in besonderhede bespreek in *Commonwealth Bank of Australia v Australian Solar Information Pty Ltd & Ors* (1987) 11 ACLR 380 asook in *Bay v Illawarra Stationary Supplies Pty Ltd* (1986) 4 ACLC 429.



Met die bestudering van die diagram is dit duidelik dat daar basies drie situasies is waar artikel 183 van toepassing sal wees:

(a) *Die maatskappy ratifiseer die kontrak na oprigting en inkorporasie: artikel 183(2)*

Artikel 183(2) bepaal dat indien 'n maatskappy binne 'n redelike tyd opgerig word, die maatskappy 'n kontrak wat voor die datum van inlywing van die maatskappy gesluit is, binne 'n redelike tyd na die oprigting van die maatskappy mag ratifiseer.

Subartikel 183(13) bepaal dat 'n maatskappy 'n kontrak kan ratifiseer

...in the same manner as a contract may be made by a company under section 182...

Die effek van die ratifikasie is dat die maatskappy primêr aanspreeklik word op grond van die kontrak en ook geregtig word op die voordeel wat in terme van die kontrak beding is, asof die maatskappy behoorlik geïnkorporeer was voor die datum van kontraksluiting. Die maatskappy word gevolglik as 'n party tot die kontrak beskou.¹⁰²

(b) *Die maatskappy word geïnkorporeer en ratifiseer die voorinlywingskontrak soos per artikel 183(2), maar die maatskappy bly in gebreke om sy kontraktuele verpligtinge na te kom.*

In hierdie situasie is die maatskappy primêr aanspreeklik, maar die promotor kan moontlik sekondêre aanspreeklikheid ooploop.¹⁰³ Dus, indien die maatskappy versuim om sy kontraktuele verpligtinge na te kom, en 'n derde party spreek die maatskappy aan om skadevergoeding weens die kontrakbreuk, kan die hof indien hy dit as "just and equitable" bevind, die promotor beveel om die geheel of 'n gedeelte van die skadevergoeding te betaal.¹⁰⁴ In die verduidelikende memorandum¹⁰⁵ word dit gestel dat die voorganger van artikel 183(7):

...relates to circumstances where it is just and equitable that the promoter's liability should not cease on ratification and the promoter should remain liable: eg where the promoter is the major shareholder of a company which, because it is undercapitalised, is unable to meet its contractual obligations.

102 Artikel 183(3).

103 Artikel 183(7).

104 Die skadevergoeding word toegestaan as gevolg van 'n waarborg wat die promotor gee, dat die korporasie inderdaad opgerig sal word. Vir 'n bespreking van die omvang van die skade wat verhaal kan word, sien Easson en Soberman 1992:451-453.

105 Verduidelikende memorandum:130.

In sy beslissing of die promotor sekondêre aanspreeklikheid in terme van artikel 183(7) moet oploop mag die hof 'n faktor soos die mate van beheer oor die maatskappy waarvoor die promotor werklik beskik, in ag neem. So byvoorbeeld sal die hof meer geneig wees om sy diskresie uit te oefen om nie 'n promotor sekondêre aanspreeklikheid te laat oploop nie, indien die promotor, alhoewel hy 'n party tot die voorinlywingskontrak was, bloot 'n "passiewe" rol met betrekking tot die oprigting en bestuur van die maatskappy gespeel het.¹⁰⁶

Die beleid onderliggend aan artikels 183(3) en (7) kan kortliks soos volg saamgevat word: Die maatskappy is primêr aanspreeklik op grond van die geratifiseerde kontrak, die promotor bly egter 'n potensiële sekondêre aanspreeklike. Die rede hiervoor is om 'n ewewigtige posisie te verseker waar die derde party nie remedieloos gelaat word indien die maatskappy versuim om die bepalinge van die geratifiseerde kontrak na behore na te kom nie. Die resultaat van artikel 183 is dus dat die promotor en nie die onskuldige derde party (soos gemeenregtelik die posisie was) die residuele risiko van nienakoming van die kontrak deur die maatskappy dra nie. Hierdie posisie strook met openbare beleid aangesien die promotor meer van die maatskappy se doen en late weet, asook moontlike invloed op die bestuur van die maatskappy uitoefen.

Artikel 183 skep egter ook probleme. Artikel 183(2) stel 'n dubbele "redelike tyd"-toets daar, deurdat die maatskappy gevorm moet word binne 'n redelike tyd na die sluiting van die voorinlywingskontrak en die voorinlywingskontrak ook binne 'n redelike tyd deur die maatskappy geratifiseer moet word. Die probleem is dat die begrip "redelike tyd" 'n uiters vae regs-konsept is, wat eintlik maar afhanklik is van die feite van elke situasie.¹⁰⁷ Die dubbele "redelike tyd"-toets neergelê in artikel 183(2) het dus aansienlike praktiese onsekerheid tot gevolg.

(c) Die maatskappy word nie binne 'n redelike tyd na die sluiting van die voorinlywingskontrak opgerig nie, of die maatskappy versuim om die kontrak binne 'n redelike tyd na oprigting te ratifiseer.

In hierdie geval bly die promotor primêr aanspreeklik, met die maatskappy wat moontlike sekondêre aanspreeklikheid kan oploop.¹⁰⁸ Die gevolg hiervan is dat die derde party tot die kontrak 'n bedrag aan skadevergoeding van die promotor kan

106 *Tracy v Mandalay Pty Ltd* (1953) 88 CLR 215.

107 *Sien Hick v Raymond* [1983] AC 22 asook *Monkland v Jack Barclay* [1951] 2 KB 252.

108 Artikel 183(4) en (5).

verhaal wat invorderbaar sou wees indien die maatskappy die kontrak na behore geratifiseer het en dan versuim het om sy verpligtinge in terme van die kontrak na te kom.¹⁰⁹

Die beleid onderliggend hieraan is om te verseker dat die derde of te wel die buitestander beskerm word. Die promotor bly dus primêr aanspreeklik. Die hof kan egter, indien hy dit regverdig en billik, ag die maatskappy beveel om:

- a) aan enige genomineerde party ingevolge die kontrak enige voordeel wat die maatskappy ingevolge die kontrak ontvang het, oor te betaal; of 'n bedrag gelykstaande aan daardie voordeel aan daardie persoon te betaal;¹¹⁰
- b) die geheel of gedeelte van die skadevergoeding waarvoor die promotor aanspreeklik mag wees te betaal.¹¹¹

Die beleid onderliggend aan artikel 183(5) is bloot die teenoorgestelde van artikel 183(7) deurdat dit onregverdig sou wees dat 'n maatskappy wat na datum van inkorporasie weier om 'n kontrak te ratifiseer die voordeel in terme van daardie kontrak behou, terwyl die promotor vir die skade as gevolg van die kontrakbreuk aanspreeklik gehou word. Gevolglik verkry die hof 'n diskresie om die maatskappy te beveel "to bring the benefit to account" om die partye se aanspreeklikheid te bepaal. Byvoorbeeld: Veronderstel dat A 'n kontrak sluit vir die lewering van goedere aan maatskappy B, 'n maatskappy wat nog nie ingelyf is nie. Die betrokke goedere word ingevolge die kontrak aan maatskappy B gelewer. Indien maatskappy B nou weier om die kontrak te ratifiseer, kan 'n hof artikel 183(5) aanwend om maatskappy B te beveel om die goedere terug te besorg aan die derde, of selfs om die waarde daarvan aan die derde te betaal.

5.3 Kwytskelding van promotor se aanspreeklikheid

Ingevolge artikel 183 kan 'n promotor op een van twee maniere aanspreeklikheid op grond van 'n voorinlywingskontrak vryspring:

- a) Waar die promotor die geskrewe toestemming van die ander partye tot die kontrak verkry. Indien die promotor slegs die toestemming van sommige van die partye tot die kontrak verkry, word sy aanspreeklikheid in terme van

109 Artikel 183(4) en (12).

110 Artikel 183(5)(c) en 183(6).

111 Artikel 183(5)(d).

artikels 183(4) en 183(7) slegs ten opsigte van daardie persone wat toegestem het, opgeskort.¹¹²

- b) Waar 'n nuwe kontrak as substituut van die voorinlywingskontrak gesluit word, dus indien novasie plaasvind.¹¹³

5.4 Gevolgtrekking

Alhoewel die Australiese oplossing veel meer bied as die Engelse sowel as die Amerikaanse oplossings,¹¹⁴ veral aangesien ratifikasie wel toegelaat word, is dit redelik kompleks en is daar steeds problematiese aspekte waaraan dringend aandag geskenk moet word. Alhoewel die Suid-Afrikaanse oplossing meer bied as die Australiese oplossing kan die Australiese oplossing dalk gebruik word om gebreke wat ten aansien van voorinlywingskontrakte in Suid-Afrika bestaan aan te suiwer.

6 POSISIE IN SUID-AFRIKA

6.1 Gemeenregtelike posisie

In die Romeinse reg het Ulpianus se stelreël¹¹⁵ "*alteri stipulari nemo potest*" (niemand kan ten behoeve van 'n derde stipuleer nie) gegeld.¹¹⁶ Die regsfiguur wat bekend staan as die *stipulatio alteri* of beding ten behoeve van 'n derde, is wel in die Romeins-Hollandse reg erken.¹¹⁷

De Wet¹¹⁸ omskryf die beding ten behoeve van 'n derde soos volg:

'n Ooreenkoms ten behoeve van 'n derde is 'n ooreenkoms tussen twee persone (A en B), waardeur die een (B, die *promittens*) hom teenoor die ander (A, die *stipulans*) en 'n derde persoon (D) wil verbind om aan die derde 'n reg te laat toekom. Slegs A, die *stipulans* en B, die *promittens*, is handelende partye; D, die derde, neem glad nie deel aan die onderhandeling nie. Die ooreenkoms ten behoeve van 'n derde is

112 Artikel 183(8) en (9).

113 Artikel 183(10). Vir meer oor novasie in Australië, sien Lindgren *et al* 1986: paragraaf 934.

114 Sien Easson en Soberman 1992:462-464.

115 D 45.1.38.17.

116 Sien ook Inst. 3.19.4 en 3.19.19 en Kerr en Wylie 1943:94.

117 Sien De Wet 1940.

118 De Wet 1940.

denkbaar selfs waar die derde op die moment waarop A en B die ooreenkoms tref, nog glad nie bestaan nie.¹¹⁹

De Wet vind gesag vir sy opvattinge in Johannes Voet se behandeling van die *fideicommissum inter vivos (ex contractu)*,¹²⁰ wat volgens De Wet bloot 'n verskyningsvorm is van die ooreenkoms ten behoeve van 'n derde.¹²¹

De Wet¹²² toon verder aan dat daar drie teorieë ontwikkel het in verband met die verhouding waarin die *stipulans*, *promittens* en derde teenoor mekaar staan. Die eerste van die teorieë leer dat die derde onmiddellik uit die ooreenkoms tussen die skenker en die donateur 'n onherroeplike reg verkry. Volgens De Wet¹²³ verkry die derde nie 'n onherroeplike reg nie, aangesien die skenker die derde se reg kan ontnem alvorens die derde sy reg bestendig het, dit wil sê voordat die derde die voordeel wat aan hom deur die donateur toegesê is, aanvaar het.

Die tweede teorie leer dat die derde nie sonder meer 'n reg uit die ooreenkoms kry nie, maar dat die reg wat die *stipulans* (A) vir die derde (C) van die *promittens* (B) wil beding, as 'n skenkingsaanbod beskou moet word wat die *stipulans* (skenker) aan die derde maak deur die aanname waarvan die derde dan 'n *ius perfectum* teen die *promittens* (donataris) kry.¹²⁴

Volgens De Wet¹²⁵ is dit onnodig vir die derde om 'n ooreenkoms met die *stipulans* te sluit alvorens hy 'n reg teen die *promittens* verkry. Die *promittens* staan buite 'n ooreenkoms tussen die *stipulans* en die derde, en so 'n ooreenkoms kan geen verpligting op die *promittens* plaas nie, aangesien die *promittens* se verpligting 'n gevolg is van die ooreenkoms tussen hom (*promittens*) en die *stipulans*.

De Wet¹²⁶ sluit hom aan by die laaste teorie wat bepaal dat die derde 'n reg verkry uit die ooreenkoms tussen die *stipulans* (skenker) en die *promittens* (donataris), maar dat die derde se reg afhanklik is van die wil van die *stipulans* wat die *promittens* kan onthef van die verpligting om aan die derde te lewer. Ingevolge dié opvatting is die

119 De Wet 1940:1.

120 De Wet 1940:134.

121 De Wet 1940:160.

122 De Wet 1940:141.

123 De Wet 1940:142.

124 De Wet 1940:141.

125 De Wet 1940:142.

126 De Wet 1940:141.

reg wat die derde teen die donataris kry, 'n skenkingsaanbod wat die skenker aan die derde maak. Voordat die derde die aanbod van die skenker aanneem, kan die skenker die aanbod herroep deur die donataris te ontslaan. Aannee deur die derde is 'n saak tussen die derde en die skenker, sodat die *donataris* hom nie teenoor die derde kan beroep op die afwesigheid van aanname nie.¹²⁷

Volgens De Wet gee dié benadering die beste gevolg aan die doel wat die partye met die ooreenkoms wil bereik, en onderskei dit die beding ten behoeve van 'n derde van verteenwoordiging in ooreenstemming met die algemene beginsels van die kontraktereg. Die doel wat die partye volgens De Wet wil bereik, is dat nie net die skenker nie, maar ook die derde 'n reg teen die donataris verkry, sonder dat die derde die voordeel hoef te aksepteer.¹²⁸

Ingevolge De Wet se benadering verkry die derde dus sy reg uit die ooreenkoms tussen die skenker en donataris. Die skenker en donataris kan die gevolge van die ooreenkoms ophef, maar die derde kan sy reg bestendig deur die akseptasie van die voordeel, dit wil sê deur 'n ooreenkoms te sluit met die skenker om hom daardeur te belet om die reg van die derde te vernietig.¹²⁹

De Wet se konstruksie van die beding ten behoeve van 'n derde¹³⁰ kan dus soos volg saamgevat word: Die derde, C, kry sonder meer 'n reg uit die ooreenkoms tussen A (die *stipulans*) en B (die *promittens*). Die reg van die derde, C, is egter onbestendig, want die *stipulans* kan die *promittens* (*donataris*) van sy verpligting teenoor die derde ontslaan. Die derde kan dit verhoed deur van die *stipulans*, A, die voordeel wat A hom toewerp, te aksepteer. Indien die *stipulans* nou die *promittens*, B, van sy verpligting teenoor die derde ontslaan, pleeg die *stipulans* kontrakbreuk teenoor die derde.¹³¹ Die derde kan nou nie meer die *promittens* aanspreek nie, aangesien die *stipulans* die *promittens* ontslaan het, maar die derde kan wel die *stipulans* aanspreek omdat die *stipulans* die *promittens* ontslaan het. Indien die

127 De Wet 1940:141.

128 De Wet 1940:141.

129 De Wet 1940:142.

130 Soos uiteengesit in De Wet en Van Wyk 1978:94.

131 De Wet en Van Wyk is nie van mening dat die *stipulans* kontrakbreuk teenoor die derde pleeg indien hy die *promittens* ontslaan alvorens die derde die voordeel van die *stipulans* aanvaar nie. Voor akseptasie is die derde se reg net teenoor die *promittens*, want De Wet en Yeats verklaar dat die derde die *promittens* kan aanspreek nog voordat die derde van die *stipulans* aksepteer het, mits die *stipulans* nog nie die *promittens* van sy verpligting ontslaan het nie. De Wet en Yeats is verder van mening

stipulans nie die *promittens* ontslaan het nie, kan die derde nog voordat hy van die *stipulans* geaksepteer het, die *promittens* aanspreek, aangesien die *stipulans* vir die derde die reg afkomstig van die *promittens*, beding het.

Daar is steun te vinde vir De Wet se standpunt dat die derde sonder meer 'n reg uit die ooreenkoms tussen die *stipulans* en *promittens* verkry, Lee¹³² spreek dié mening uit met verwysing na die Franse siviele kode, dat hierdie reg nie 'n reg *ex contractu* is nie:

...that the right of C springs directly and immediately from the contract between A and B, but is not a right *ex contractu*. It results from the unilateral will of one of the parties to the contract (B) who undertakes to do something for a third person (C).¹³³

Lee is van opinie dat die reg wat die derde uit die ooreenkoms verkry kwasikontraktueel van aard is:

...a right which though originating in contract is not in itself contractual. In the Roman-Dutch system the concept of quasi-contract is wide enough to meet the situation.¹³⁴

Verdere steun vir De Wet se standpunt, dat die derde sonder meer 'n reg uit die ooreenkoms tussen die *stipulans* en *promittens* verkry, is te vinde by Getz:¹³⁵

This...is the true third party beneficiary contract – where A and B, acting as principals, make an agreement providing for performance towards a third party, C, who acquires an immediate and original right under that contract. Although only A and B are contracting parties, this should not obscure the fact that they intend that C should acquire an original right under their contract. They manifestly do not intend that C's right should be derivative in character – acquired as a successor to A. On the contrary, both A and C immediately acquire a right against B, who is immediately bound to both of them. C's right is, therefore, independent, and arises directly from the contract between A and B.¹³⁶

Getz meen dat hierdie reg wat die derde uit die ooreenkoms verkry eers onherroeplik word wanneer die derde daarvan bewus word dat 'n ooreenkoms ten behoeve van hom gesluit is:

dat daar nie met die sluiting van die ooreenkoms tussen die *stipulans* en *promittens* meteens ook 'n kontrak tussen die *stipulans* en die derde tot stand kom nie.

132 Lee 1953:437.

133 Lee 1953:437-438.

134 Lee 1953:438.

135 Getz 1962:38.

136 Getz 1962:47.

...while the third person's right arises immediately, it only becomes irrevocable upon his becoming aware of the contract made for his benefit.¹³⁷

Die derde moet sy bewuswording bekend maak deur

...some outward indication by the beneficiary that he is aware of the contract and intends to take advantage of its benefits...¹³⁸

Dit is interessant om daarop te let dat blote bewuswording deur Getz vereis word, anders as aanvaarding soos De Wet aanvoer, vir die reg om onherroepelik te word.

Van der Merwe bestempel die onbestendige reg volgens De Wet se konstruksie as 'n "weergalose juridiese frats".¹³⁹ Van der Merwe wys daarop dat dit nie die *stipulans* se bedoeling was om homself teenoor die derde te verbind nie, want dan sou die *stipulans* direk met die derde gekontrakteer het.¹⁴⁰

In die Suid-Afrikaanse regspraak is ook al heelwat kritiek teen De Wet se konstruksie uitgespreek. In *Commissioner for Inland Revenue v Estate Crewe*¹⁴¹ is die volgende opmerking gemaak:

Dr De Wet in his thesis 'Die ontwikkeling van die ooreenkoms ten behoeve van 'n derde...' suggests that the beneficiary acquires a right upon the execution of the contract...It may be that the series of decisions in the Appellate Division culminating in the case of *McCulloch v Fernwood Estate*...precludes the court from accepting his contention, but be that as it may, even assuming that a right of some kind is acquired by the beneficiary, what is its nature? It is clearly something inchoate because, until the benefit stipulated for has been accepted by the beneficiary, he can be deprived of it by agreement between the contracting parties...Whatever may be the correct legal view, if the right conferred on the beneficiary is of such an inchoate description that it is revocable by agreement...then in truth the beneficiary has no complete right.

Die howe se benadering met betrekking tot die beginsels aangaande die *stipulatio alteri* word duidelik uiteengesit in *Bagardi v Cavendish Transport Co (Pty) Ltd*¹⁴² In hierdie saak steun regter Henochsberg swaar op die beginsels soos neergelê in die

137 Getz 1962:51-52.

138 Getz 1962:52 stel dit dat indien hierdie "outward indication" as "acceptance" beskou word, dit nie verwar moet word "with its use in the context of offer and acceptance as the mechanism of formation of a contract".

139 Van der Merwe 1964:247.

140 Van der Merwe 1964:247.

141 1943 AD 674.

142 1957 1 663 D.

beslissings van *McCullogh*,¹⁴³ *Elands Properties*¹⁴⁴ en *Ex parte Vickerman*:¹⁴⁵ Die eiser het as trustee vir 'n te stigte maatskappy vier busse van die verweerder gekoop. Bepaalde bedrae geld en 'n promesse word deur die eiser voorsien uit sy eie persoonlike finansies. Die verweerder pleeg kontrakbreuk, die eiser aanvaar die verweerder se repudiasie van die kontrak en stel 'n aksie vir skadevergoeding teen die verweerder in. Die verweerder neem eksepsie teen die eiser se deklarasie en voer aan dat die maatskappy die kontrak binne 'n redelike tyd kon aksepteer en dat die deklarasie gebrekkig is aangesien dit geen bewering bevat dat die maatskappy geweier het om die ooreenkoms te aksepteer of nagelaat het om die ooreenkoms binne 'n redelike tyd te aksepteer nie.¹⁴⁶ Regter Henochsberg beslis dat die eiser as prinsipaal 'n beding ten behoeve van 'n derde gesluit het:¹⁴⁷

It is trite law...that two persons may contract for the benefit of a third person even though that person does not come into existence until after the contract was made. In such a case the contract binds the two parties to it and its benefits can be adopted by the third party after it has come into existence...Acceptance of the contract...involves the undertaking of the consequent obligations...Such acceptance must take place before the promise has been revoked and until such acceptance there is no vinculum juris between the third party and the promisor. Once the third party has notified his acceptance he establishes a vinculum juris between himself and the promisor, and he is then liable to be sued as well as entitled to sue.¹⁴⁸

Regter Henochsberg pas hierdie beginsel toe deur te verklaar dat indien 'n trustee vir 'n te stigte maatskappy as prinsipaal 'n ooreenkoms ten behoeve van die te stigte maatskappy sluit, kan die trustee as prinsipaal op die kontrak ageer totdat die maatskappy na sy inkorporasie 'n regsband skep tussen homself en die *promittens* deur die kontrak te aksepteer:

In my view the true legal position is that as a person who contracts – as in this case – as trustee for a company to be formed, contracts as a principal, he may at all times sue on the contract as principal, unless and until the company, after it has come into existence, creates a vinculum juris between itself and the promisor by notifying its acceptance of the benefits of the contract. When the company does that, then the person contracting as trustee falls out of the contract altogether.¹⁴⁹

143 *McCullogh v Fernwood Estate Ltd* 1920 AD 204.

144 *Ex parte Elands Properties (Pty) Ltd* 1945 TPD 37.

145 *Ex parte Vickerman* 1935 CPD 429.

146 *Bagradi v Cavendish Transport Co (Pty) Ltd* 1959 1 SA 663 D:666.

147 *Bagradi v Cavendish Transport Co (Pty) Ltd* 1959 1 SA 663 D:667.

148 *Bagradi v Cavendish Transport Co (Pty) Ltd* 1959 1 SA 663 D:668.

149 *Bagradi v Cavendish Transport Co (Pty) Ltd* 1959 1 SA 663 D:668.

Voor akseptasie van die kontrak deur die maatskappy, kan die partye (*stipulans* en *promittens*) deur middel van wedersydse toestemming uit die ooreenkoms terugtree, of die *stipulans* kan 'n repudiasie van die kontrak deur die *promittens* aanvaar, in welke geval die kontrak nie meer deur die maatskappy geaksepteer kan word nie.¹⁵⁰

In *Malcolm v Cooper*¹⁵¹ beslis regter Friedman dat 'n voorinlywingskontrak in die vorm van 'n *stipulatio alteri*:

...sets a limit to the time within which a company may be registered and may ratify the agreement...the agreement is...clearly susceptible of an interpretation which precludes the ratification by the company after the time limit laid down.

In *NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk v Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk*¹⁵² het die beding ten behoeve van 'n derde weer ter sprake gekom. 'n Ooreenkoms word tussen die kunsmiskorporasie en vier ander persone gesluit wat kontrakkeer "...in hulle respektiewelike persoonlike hoedanighede en in hulle hoedanighede as trustees van 'n maatskappy wat geregistreer staan te word."¹⁵³ Na sy inkorporasie aksepteer die maatskappy (Kunsmisverspreiders) die kontrak, kennis word aan die Kunsmis Korporasie gegee dat die kontrak geaksepteer is en gevolglik word die Kunsmis Korporasie versoek om die terme van die kontrak na te kom. Die Kunsmis Korporasie ontken die bestaan van die kontrak aangesien die Kunsmisverspreiders nie aan al die terme van artikel 71 van die *Maatskappywet* van 1926 voldoen het nie. Die Kunsmisverspreiders doen aansoek om 'n hofbevel waarin verklaar word dat die Kunsmis Korporasie gebonde is aan die ooreenkoms en voer aan dat die vereiste van artikel 71 waaraan nie voldoen is nie, slegs aanwysend van aard is.

In die Transvaalse Provinsiale Afdeling (volbank) beslis regter Colman in 'n eenparige uitspraak dat indien die applikant slegs op artikel 71 steun, sy aansoek nie kan slaag nie. Regter Colman beslis dat dit nie die bedoeling van die wetgewer was om die gemeenregtelike beginsel te beëindig nie.¹⁵⁴ Die regter beslis met verwysing na *McCulloch v Fernwood Estate*¹⁵⁵ dat aangesien die vier individue nie as

150 *Bagradi v Cavendish Transport Co (Pty) Ltd* 1959 1 SA 663 D.

151 1974 4 SA 52 C.

152 1969 3 SA 82 T.

153 *NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk v Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk* 1969 3 SA 82 T:85.

154 *NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk v Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk* 1969 3 SA 82 T:86-87.

155 1920 AD 204.

verteenwoordigers vir 'n te stigte maatskappy gekontrakteer het nie, maar in persoonlike hoedanigheid, die applikant (Kunsmisverspreiders) geregtig is om te steun op die gemeenregtelike beginsel dat 'n persoon in persoonlike hoedanigheid kan kontrakteer ten behoeve van 'n derde, selfs al is die derde 'n niebestaande regspersoon.

Indien die derde na kontraksluiting tot stand kom en die kontrak wat ten behoeve van hom gesluit is, aksepteer, is die derde gebonde aan die kontrak asof die derde oorspronklik 'n party tot die kontrak was. Regter Colman stel die beginsel soos neergelê in die *McCullogh*-saak, soos volg:

...the decision...makes it clear that in our law, which appears to differ in this respect from the law of England, a person can, acting personally, make a valid contract for the benefit of a third person even if that person has not yet come into existence. If the third person does thereafter come into existence and adopts the contract made for its benefit, that contract becomes binding and effective as if the third person had originally been a party thereto.¹⁵⁶

Die applikant slaag gevolglik in sy aansoek en gevolglik appelleer die Kunsmis Korporasie na die Appèlhof.

Die meerderheid (by monde van hoofregter Steyn) in dié saak vind dit nie nodig om te steun op die beginsels van die beding ten behoeve van 'n derde nie, aangesien beslis word dat die betrokke vereiste van artikel 71 waarom die geskil gaan, bloot aanwysend is en nie gebiedend nie. In sy oorwegings van die gebiedende en aanwysende bepalinge van artikel 71 bevind die geleerde regter die volgende:

Hierby is dit ook ter sake om te let op die gemeenregtelike reëling in verband met 'n kontrak wat by wyse van 'n ooreenkoms ten behoeve van 'n nog te stigte maatskappy aangegaan is. Dit is nie betoog dat artikel 71 ook op so 'n kontrak van toepassing is nie, en ek kan in genoemde artikel geen duidelike bedoeling vind om die gemeenregtelike reëling ingrypend in te kort deur dit met die prosedure daarin voorgeskryf te vervang nie. Soos blyk uit 'n reeks gewysdes het ons Howe dit ook nie so verstaan nie.¹⁵⁷

Dit blyk nêrens uit die uitspraak van hoofregter Steyn dat hy regter Colman se uiteensetting van die beding ten behoeve van 'n derde verwerp nie, soos dit wel

156 *Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk v NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk* 1970 3 SA 367 A.

foutiewelik uit die kopstuk van die Appèlhofuitspraak wil blyk. Regter Steyn vind dit bloot net nie nodig om te steun op die gemeenregtelike beginsels van die beding ten behoeve van 'n derde nie, aangesien die trustees in die betrokke saak volgens regter Steyn wel aan die vereistes van artikel 71 voldoen het.

Cronje¹⁵⁸ voel dat die howe se posisie met betrekking tot die *stipulatio alteri* bepaal dat die derde nie 'n reg uit die ooreenkoms tussen die stipulans en promittens verkry nie, maar dat die reg eers ontstaan by aanvaarding van die aanbod wat die promittens as gevolg van sy ooreenkoms met die stipulans aan die derde maak. Die voortbestaan en aanvaarding van hierdie aanbod word ingevolge die gewone kontrakregbeginsels gereël.

Die meeste skrywers ondersteun die howe se konstruksie van die beding ten behoeve van 'n derde in die Suid-Afrikaanse reg.¹⁵⁹ Alhoewel De Wet se verduideliking moontlik die bedoeling wat die partye met die transaksie wil bereik die beste weergee, is dit ongelukkig wesenlik gebrekkig in die sin dat die aard van die reg nie verduidelik kan word nie. Daar moet dus volstaan word by die posisie wat deur die howe ingeneem is.

6.2 Statutêre reëlings

Artikel 71 van die *Maatskappywet* van 1926¹⁶⁰ het soos volg bepaal:

Enige skriftelike kontrak aangegaan deur iemand wat beweer te handel as verteenwoordiger of kurator van 'n nog nie opgerigte, geïnkorporeerde of geregistreerde maatskappy, kan bekragtig of aangeneem word deur, of andersins

157 *NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk v Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk* 1969 3 SA 82 T:88.

157 1977:60. "Die derde kry nie sonder meer 'n reg uit die ooreenkoms tussen die stipulans en die promittens nie. Die derde se reg ontstaan deur aanvaarding of akseptasie van die aanbod wat die promittens uit hoofde van sy kontrak met die stipulans teenoor die derde moet maak. Indien die stipulans die promittens van hierdie verpligting ontslaan, word die aanbod se voortbestaan al dan nie, indien reeds gemaak, bepaal ooreenkomstig die gewone beginsels van die kontrakreg. Indien die aanbod geaksepteer of aangeneem word, kom 'n kontrak tussen die promittens en die derde tot stand. Dit kan uit Hoofregter Innes se opmerkings in *McCullogh v Fernwood Estate Ltd.* afgelei word dat wanneer die derde van die promittens aksepteer, dit neerkom op die aanname van 'n aanbod. Uit die ontleding van ons regspraak blyk dit dat waar 'n trustee as prinsipaal 'n ooreenkoms ten behoeve van 'n te stigte maatskappy sluit, die trustee onderneem om in persoonlike hoedanigheid gebonde te wees aan die ooreenkoms met die promittens indien die maatskappy nie ingelyf word nie of nie die kontrak aksepteer nie."

159 Gibson 1997:89; Kerr 1972:48; Van der Merwe en Rowland 1969:368; Van der Merwe 1964:243; Wille 1961:342; Hahlo en Kahn 1960:487; Maasdorp 1958:37-38.

verbindend teenoor, en afdwingbaar deur die maatskappy gemaak word nadat hy behoorlik geregistreer is, asof hy behoorlik opgerig, geïnkorporeer en geregistreer was op die tydstip toe die kontrak aangegaan is en die kontrak aangegaan was sonder sy magtiging, mits die akte van oprigting, as een van die doeleindes van die maatskappy bevat die aanneming of bekragtiging van die kontrak of die verkryging van regte en verpligtings in verband daarmee en mits twee kopieë van die kontrak waarvan een deur 'n notaris of deur 'n ondertekenaar van die akte van oprigting gesertifiseer is tesame met die aansoek om registrasie van die maatskappy by die Registrateur ingelewer is.

Artikel 35 van die Wet,¹⁶¹ wat artikel 71 vervang het, bepaal soos volg:

'n Skriftelike kontrak wat aangegaan is deur iemand wat verklaar dat hy as die agent of trustee van 'n op te rigte maatskappy optree, kan, nadat die maatskappy behoorlik ingelyf is, deur die maatskappy bekragtig of aangeneem word of andersins bindend teenoor en afdwingbaar deur die maatskappy gemaak word asof hy behoorlik ingelyf was ten tyde van die aangaan van die kontrak en die kontrak aangegaan was sonder sy magtiging: Met dien verstande dat die akte by sy registrasie die bekragtiging of aanneming van, of die verkryging van regte en verpligtinge ten opsigte van, sodanige kontrak as 'n doelstelling van die maatskappy bevat en dat twee afskrifte van die kontrak, waarvan een deur 'n notaris gesertifiseer is, by die Registrateur saam met die indiening vir registrasie van die akte en statute van die maatskappy ingedien is.

Artikel 35 kan slegs toegepas word indien sekere spesifieke vereistes nagekom word:

- a) Die kontrak moet skriftelik wees. Hierdie vereiste blyk wyd genoeg te wees om 'n mondelinge ooreenkoms te dek wat later op skrif gestel word.¹⁶² Artikel 2(2) van die *Wet op Vervreemding van Grond*¹⁶³ voorsien dat die bepalings van artikel 2(1) van die *Wet op Vervreemding van Grond*¹⁶⁴ wat verband hou met die ondertekening deur die agent van 'n party wat handel op grond van die geskrewe toestemming van 'n ander party, nie sal afbreuk doen aan die bepalings van enige wet wat verband hou met die opstel van 'n skriftelike

160 Wet 46 van 1926.

161 Wet 61 van 1973.

162 Sien *Nicolau v Navarone Investments (Pty) Ltd* 1971 3 SA 888 W en *Pledge Investments (Pty) Ltd v Kramer: In re Estate Selesnik* 1975 3 SA 696 A:702-703. In bogenoemde twee sake is bevind dat selfs 'n verkoop by 'n veiling wat mondeling geskied wel as 'n "skriftelike kontrak" beskou sal word, sodra die betrokke kontrak op skrif gestel word.

163 Wet 68 van 1981.

163 Wet 68 van 1981.

kontrak deur 'n persoon wat hom voordoën as agent of trustee van 'n te stigte maatskappy nie.

- b) Die promotor moet verklaar dat hy as agent of trustee van 'n te stigte maatskappy kontrakteer. In *McCulloch v Fernwood Estate Ltd* sê hoofregter Innes dat die term “trustee” aanwending vind in 'n geval:

...where the person acts in his own name and on his own responsibility though for the benefit of another.¹⁶⁵

Die begrip “trustee” dui dus op iemand wat in 'n persoonlike hoedanigheid kontrakteer. Dit was dan ook aanvanklik aanvaar dat dit inderdaad die wetgewer se bedoeling was dat artikel 35 wel toepassing moet vind in gevalle waar 'n promotor as agent opgetree het, sowel as in gevalle waar hy as prinsipaal (dit wil sê waar 'n *stipulatio alteri* die bedoeling was) opgetree het.¹⁶⁶ Daar blyk binne die artikel steun vir hierdie siening te wees, deurdat die artikel nie bloot na iemand verwys wat as “agent” optree nie, maar ook iemand wat homself voordoën as 'n “trustee”.

Tweedens maak die artikel dit duidelik dat die kontrak nie bloot “bekragtig” (geratifiseer) kan word nie, maar ook dat die kontrak “aangeneem” of “...andersins bindend teenoor en afdwingbaar deur die maatskappy gemaak word...”

Derdens blyk dit duidelik te wees dat die rede waarom die akte van oprigting as een van die oogmerke van die maatskappy die aanvaarding of bekragtiging van die voorinlywingskontrakte daar moet stel en waarom kopieë van die voorinlywingskontrakte by die registrateur ingedien moet word, inderdaad daar is om beleggers te waarsku aangaande die voorinlywingskontrakte wat gesluit is. Dit blyk uiters vreemd te wees indien die wetgewer slegs hierdie beskerming aan beleggers wou toestaan waar promotors as “agente” en nie as “prinsipale” optree nie. In *Ex parte Vickerman*¹⁶⁷ is ten spyte van voorgaande argumente beslis dat *stipulatio alteri*-kontrakte buite die aanwendingsgebied van artikel 35 val:

...the Companies Act was not intended to curtail the right of a company to adopt a contract made for its benefit, but to extend that right to cover the case where the

165 1920 AD 204:209.

166 Sien *Peak Lode Gold Mining Co Ltd v Union Government* 1932 TPD 48.

167 1935 CPD 429.

person acting for the company about to be formed was acting as agent and not individually.

Bogenoemde interpretasie van artikel 35 is na die *Vickerman*-saak nagevolg en toegepas.¹⁶⁸ Op hierdie tydstep is die regsposisie dus dat 'n persoon al die formaliteite en beperkings daargestel deur artikel 35 kan vryspring, bloot deur as 'n prinsipaal in terme van 'n *stipulatio alteri* op te tree. Cilliers en Benade¹⁶⁹ probeer die situasie soos volg verklaar:

'Trustee' kan in die samehang as 'agent' of 'verteenwoordiger' verstaan word maar dit kan ook in sy normale betekenis as prinsipaal verstaan word. Daardeur word dit moontlik gemaak om die *stipulatio alteri* binne die konteks van artikel 35 te gebruik. Nakoming van die voorgeskrewe vereistes is dus slegs verpligtend indien die persoon as agent gekontrakteer het, hetsy hy homself as agent of trustee beskryf het. Die hoedanigheid waarin die persoon opgetree het is dus deurslaggewend, nie die benaming wat gebruik is nie. Om die hoedanigheid vas te stel moet al die omstandighede van die geval in ag geneem word. Indien aan die voorskrifte van artikel 35 voldoen word, maak dit nie saak of die skriftelike voorinlywingskontrak die vorm aanneem van 'n kontrak deur 'n verteenwoordiger of van 'n ooreenkoms ten behoeve van 'n derde (*stipulatio alteri*) nie. Word egter nie aan die voorskrifte van artikel 35 voldoen nie is eersgenoemde kontrak nietig, sover dit die maatskappy betref, maar in laasgenoemde geval kan dit deur die maatskappy aanvaar word, aangesien aanvaarding in dié geval deur die gemenereg gesanksioneer word, nie deur artikel 35 nie.

Alhoewel hierdie benadering van Cilliers en Benade moontlik die regsposisie akkuraat weergee, blyk dit duidelik uit die punte wat volg dat hierdie posisie ernstig heroorweeg behoort te word.

- a) Die eerste probleem is 'n praktiese een. In die meeste gevalle is die enigste verskil tussen om as 'n "agent" en 'n "trustee" op te tree, die wyse waarop die promotor homself beskryf en is dit nie moontlik om 'n duidelike bedoeling af te lei nie.

168 *Ackerman v Burland and Milunsky* 1944 WLD 172; *Ex parte Elands Properties (Pty) Ltd* 1945 TPD 37; *Martian Entertainments (Pty) Ltd v Berger* 1949 4 SA 583 E; *Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk v NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk* 1970 3 SA 367 A:384, 403-4; *Driftwood Properties (Pty) Ltd v Mclean* 1971 3 SA 591 A; *McNeil v Portion 231 Rietfontein (Pty) Ltd* 1978 1 PH E4 T; *Trever Investments (Pty) Ltd v Friedhelm Investments (Pty) Ltd* 1982 1 SA 7 A:16. Sien ook Swart 1974:19.

- b) Die tweede probleem: kan die woorde “of trustee” werklik geïnterpreteer word om te beteken “wie optree as ’n agent, maar homself beskryf as ’n trustee”?¹⁷⁰ Indien dit wel so aanvaar word hoe kan ’n promotor homself as ’n “trustee” beskryf, ’n *stipulatio alteri* sluit en dan voortgaan om aan al die bepalinge van die artikel te voldoen? ’n Verdere probleem is dat hierdie interpretasie dit nie duidelik maak waarom daar juis ’n beleidsverskuiwing wat betref die beskerming van voornemende beleggers in die geval van ’n *stipulatio alteri* moet plaasvind nie. Waarom word daar twee stappe reëls behou? Is dit om dalk ’n ander opsie daar te stel waardeur die moontlike gebreke van artikel 35 vrygespring kan word, of word dit bloot om sentimentele redes gedoen?
- c) Twee afskrifte van die kontrak, waarvan een deur ’n notaris gesertifiseer is, moet by die Registrateur saam met die indiening vir registrasie van die akte en statute ingedien word. Die meerderheid in *Sentrale Kunsmis Korporasie v NKP Kunsmisverspreiders* het bevind dat die ooreenstemmende voorskrif in artikel 71 van die 1926-wet *pro fisco* ingevoeg is, en gevolglik bloot aanwysend was, met die gevolg dat die ontbrekende kontrak bloot later ingevoeg kon word. Regter Trollip het egter in die minderheidsuitspraak bevind dat die vereiste gebiedend is. Hierdie benadering word deur verskeie skrywers¹⁷¹ as die mees bevredigende beskou. Indien die beleid onderliggend aan hierdie vereiste inderdaad is om voornemende beleggers in te lig aangaande die voorinlywingskontrak en gevolglik hul uiteindelijke beskerming, moet die benadering van regter Trollip inderdaad ondersteun word.
- d) Die maatskappy moet die kontrak na sy inlywing daadwerklik bekragtig of aanneem en, indien dit ’n maatskappy met ’n aandelekapitaal is, geregtig wees om met besigheid te begin. Indien aan al die voorafgaande vereistes voldoen word, en die maatskappy bekragtig die kontrak nadat hy behoorlik

169 Cilliers *et al* 1992:54-55.

170 In *Crookes v Watson* 1956 (1) SA 277 (A) het die Appèlhof ’n Romeins-Hollandse basis vir die trust *inter vivos* in die Suid-Afrikaanse kontrakreg gevind. Hierdie beslissing het tot gevolg dat die Suid-Afrikaanse kontrakreg inderdaad ook toepassing vind in die trustreg. *Crookes v Watson* kan egter nie geïnterpreteer word op ’n wyse wat sou beteken dat die trust *inter vivos* en die *stipulatio alteri* dieselfde regsverskynsel is nie. Daar kan hoogstens aangevoer word dat daar verskeie raakpunte tussen hierdie twee regsverskynsels bestaan.

171 De Wet en Van Wyk 1978:535 voetnoot 40; Oosthuizen 1971:306; Isakow 1971:169.

ingelyf is, kom die kontrak tot stand tussen die maatskappy en die ander party.¹⁷² 'n Kontrak bekragtig voor die datum waarop daar aan die maatskappy (met aandelekapitaal) 'n sertifikaat om met besigheid te begin uitgereik is, is slegs voorwaardelik en kan nie tot en met daardie datum bindend wees nie.¹⁷³ Die maatskappy het 'n diskresie om die kontrak te bekragtig al dan nie. Indien die maatskappy nie die kontrak binne 'n redelike tyd bekragtig of geïnkorporeer word nie, verval die kontrak eenvoudig en doen niemand enige aanspreeklikheid op nie.¹⁷⁴

Dit blyk duidelik uit punte (a) tot (d) wat bogenoem word dat daar steeds enorme probleme in Suid-Afrika bestaan insoverre dit die wisselwerking tussen artikel 35 van die *Maatskappywet* 61 van 1973 en die gemeenregtelike *stipulatio alteri* ten einde voorinlywingskontrakte te sluit, aanbetref.

Die Suid-Afrikaanse posisie soos in punt (d) beskryf is in een opsig dieselfde as in Australië, deurdat hier ook met 'n redelike tydtoets gewerk word. Dit is egter interessant dat geen opgeloopt word indien die maatskappy nie die kontrak bekragtig nie. Dit mag wees dat die wetgewer gevoel het dat die derde genoegsame beskerming geniet weens die feit dat daar 'n publisiteitsvereiste aan die voorinlywingskontrakte gekoppel word. Daar moet egter in gedagte gehou word dat die derde steeds geen verdere beheer oor die inkorporeringsproses van die maatskappy, sowel as moontlike aanvaarding van voorinlywingskontrakte deur die maatskappy het nie.

Die Australiese posisie waarvolgens die hof 'n diskresie gegee word om indien dit regverdig en billik is die promotor of die maatskappy aanspreeklik te hou behoort ook in Suid-Afrika ingevoer te word aangesien dit beskerming aan derdes bied. Alhoewel die verteenwoordiger in beginsel geen aanspreeklikheid weens die niebekragtiging van die kontrak ooploop nie, kon sodanige aanspreeklikheid egter wel beding word. Byvoorbeeld die verteenwoordiger kon gewaarborg het dat die maatskappy na inlywing wel die kontrak sou bekragtig,¹⁷⁵ of die kontrak kon bepaal dat die trustee of

172 *Peak Lode Gold Mining Co v Union Government* 1932 TPD 48:52; *Semer v Retief & Berman* 1948 1 SA 182 K; *Gaybelle Investments (Pty) Ltd v Hermer* 1951 1 SA 486 W:487.

173 Artikel 172(5)(a); *Peak Lode Gold Mining Co v Union Government* 1932 TPD 48:52.

174 *Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk v NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk* 1970 3 SA 367 A; *Racec (Mooifontein) (Pty) Ltd v Devonport Investment Holding Co (Pty) Ltd* 1976 1 SA 299 W.

175 *Peak Lode Gold Mining Co v Union Government* 1932 TPD 48.

verteenwoordiger persoonlike aanspreeklikheid ooploop indien die maatskappy nie tot stand kom, of nie die kontrak bekragtig nie.¹⁷⁶ Die blote feit dat die verteenwoordiger of trustee hom tot persoonlike aanspreeklikheid bind, beteken nie dat hy persoonlike prestasie mag eis, indien die maatskappy nie die optrede wil bekragtig nie.¹⁷⁷

6.3 Terugwerkendheid

Dit is van groot praktiese belang om vas te stel of die bekragtiging of aanvaarding van 'n voorinlywingskontrak terugwerkend van krag is, dit wil sê vanaf die datum van kontraksluiting, en of dit eers van krag is vanaf die datum wat die maatskappy daartoe toetree.

In *Peak Lode Gold Mining Co Ltd v Union Government*¹⁷⁸ het regter Greenberg beslis dat waar 'n promotor optree as agent van 'n te stigte maatskappy, en die maatskappy ratifiseer die kontrak in terme van artikel 35, die kontrak eers vanaf die oomblik van bekragtiging in werking tree en nie terugwerkend na die tydstop van kontraksluiting nie.

Hierdie beslissing is egter in konflik met die gemeenregtelike reël *omnis ratihabitio retrotrahitur et mandato priori aequiparatur* (elke ratifikasie is terugwerkend en gelyk aan 'n voorafmandaat).¹⁷⁹ Daar blyk geen logiese rede te wees waarom daar in hierdie geval van die gewone gemeenregtelike verteenwoordigingsreëls afgewyk moet word nie, aangesien artikel 35 bepaal dat die kontrak deur die maatskappy bekragtig word "...asof hy behoorlik ingelyf was ten tyde van die aangaan van die kontrak".

In die *Peak Lode*-saak het Regter Greenberg 'n kontrak gesluit in terme van artikel 35 en dit so beskryf dat die kontrak geen bindingskrag het totdat dit eers geratifiseer is nie. Die kontrak se bindingskrag is dus voorwaardelik gekoppel aan die ratifikasie. Dit het tot gevolg dat tot op datum van ratifikasie geen regte of verpligtinge in terme van die kontrak oopgehoop kan word nie. Indien dit 'n korrekte interpretasie van artikel 35 is, is hierdie artikel nie die papier werd waarop dit gedruk is nie. In hierdie geval is

176 *Semer v Retief & Berman* 1948 1 SA 182 K; *Whitehead v Broderick Properties Ltd* 1971 2 SA 576 T:577; *Borstlap v Spangenberg* 1974 3 SA 695 A:700. Dit moet in gedagte gehou word dat die handtekening van 'n persoon hom in meerdere hoedanighede kan bind: *Visser v Van Tonder* 1986 2 SA 500 T.

177 *Visser v Van Tonder* 1986 2 SA 500 T.

178 1932 TPD 48.

die promotor bloot 'n boodskapper wat die aanbod van die derde party (wat te eniger tyd sonder gevolge teruggetrek kan word) aan die maatskappy oordra. Die oorwig van gesag dui egter daarop dat die Appèlhof die *Peak Lode*-beslissing by die eerste geleentheid omver sal werp.¹⁸⁰

6.4 Alternatiewe metodes¹⁸¹

Behalwe vir die *stipulatio alteri* en artikel 35 is daar ook ander maniere waarop oprigters as verteenwoordigers kan kontrakteer alhoewel die maatskappy nog nie opgerig is nie. Cilliers en Benade¹⁸² noem 'n paar ander alternatiewe waarvolgens regte vir die nie-bestaande maatskappy bekom kan word:

Indien die oprigter voor die inlywing van die maatskappy in sy persoonlike hoedanigheid kontrakteer en (a) die maatskappy dan na die behoorlike inlywing daarvan sessie van die regte neem; (b) sy regte ingevolge 'n opsie, wat hy verkry het op die basis dat hy dit óf self kan uitoefen óf aan 'n ander mag oordra, aan die maatskappy seeder wat dan die opsie kan uitoefen;¹⁸³ (c) die maatskappy as koper nomineer;¹⁸⁴ of (d) bates wat hy verkry het aan die maatskappy oordra.¹⁸⁵

In al die voorafgaande gevalle is die resultate meer ongewens as om van artikel 35 of van die *stipulatio alteri* gebruik te maak, aangesien dit tot ekstra oordragkoste mag lei en weens die feit dat promotors in die meeste gevalle die eienaarskap van regte of bates bekom.

Prakties beskou is dit dus die veiligste om artikel 35 te gebruik.¹⁸⁶ Die nadeel is egter dat ingevolge artikel 35 afskrifte van die kontrak by die Registrateur ingedien moet word en dat hierdie afskrifte vir publieke insae beskikbaar is.

179 Sien Jooste 1989:507.

180 Cilliers *et al* 2000:62; Honoré 1992:66; Jooste 1989:509; Joubert 1979:68; Delpont 1977:304-305; Swart 1974:28.

181 Cilliers *et al* 2000:61-62.

180 Cilliers *et al* 2000:61-62.

183 *Trever Investments (Pty) Ltd v Friedhelm Investments (Pty) Ltd* 1982 1 SA 7 A:16; *Scheepers v Strydom* 1989 2 SA 778 NK:786.

184 *Ex parte Bothma* 1979 2 SA 1177 NK:1182; *Botha v Van Niekerk* 1983 3 SA 513 W:526; *Visser v Van Tonder* 1986 2 SA 500 T:502; *Scheepers v Strydom* 1989 2 SA 778 NK:786; *Collins v Commissioner for Inland Revenue* 1990 4 SA 619 D.

185 Swart 1974:19.

7. GEVOLGTREKKING EN AANBEVELINGS

Die regspraak¹⁸⁷ dui daarop dat die hof artikel 35 interpreteer om nie *stipulatio alteri*-kontrakte by die strekking van dié artikel in te sluit nie. Die hof is dus van die opinie dat daar twee moontlike wyses is waarop voorinlywingskontrakte gesluit kan word (naamlik ingevolge artikel 35 sowel as deur gebruik te maak van die gemeenregtelike *stipulatio alteri*) en dat artikel 35 nie die gemeenregtelike *stipulatio alteri*-voorinlywingskontrakte verdring het nie. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie interpretasie 'n skreiende mistasting van die bedoeling van die wetgewer in hierdie verband is.

Die redes waarom hierdie standpunt ingeneem word, kan kortliks soos volg opgesom word:

- a) Artikel 35 verwys na 'n persoon wat as agent optree, maar ook na iemand wat homself as trustee voordoet. Artikel 35 moet dus toepassing vind waar 'n promotor as 'n agent opgetree het, sowel as in gevalle waar hy as prinsipaal (dit wil sê waar 'n *stipulatio alteri* die bedoeling was) opgetree het. Dit is uiters moeilik om prakties te onderskei tussen gevalle waar 'n persoon homself as verteenwoordiger of in ander gevalle as trustee voorgedoen het. Die enigste aanduiding is gewoonlik die wyse waarop die persoon homself beskryf het. Dit is in die oorgrote meerderheid van gevalle haas onmoontlik om 'n duidelike bedoeling uit die voorinlywingskontrak af te lei.
- b) Indien die gemeenregtelike *stipulatio alteri* ongehinderd buite die bestek van artikel 35 voortbestaan, het dit tot gevolg dat die beskerming van voornemende beleggers drasties ingekort word.¹⁸⁸ Waarom moet daar 'n beleidsverskuiwing wat betref die beskerming van voornemende beleggers in

186 Cilliers *et al* 1992:56 voetnoot 10.

187 *Ex parte Vickerman* 1935 CPD 429; *Ackerman v Burland and Milunsky* 1944 WLD 172; *Ex parte Elands Properties (Pty) Ltd* 1945 TPD 37; *Martian Entertainments (Pty) Ltd v Berger* 1949 4 SA 583 E; *Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk v NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk* 1970 3 SA 367 A:384, 403-4; *Driftwood Properties (Pty) Ltd v Mclean* 1971 3 SA 591 A; *McNeil v Portion 231 Rietfontein (Pty) Ltd* 1978 1 PH E4 T; *Trever Investments (Pty) Ltd v Friedhelm Investments (Pty) Ltd* 1982 1 SA 7 A:16.

188 Die vereistes van artikel 35 dat die akte van oprigting dit as een van die oogmerke van die maatskappy moet hê om die voorinlywingskontrakte te aanvaar, sowel as die vereiste dat kopieë van die voorinlywingskontrakte by die registrateur ingedien moet word, hoef dus nie nagekom te word nie.

die geval van 'n *stipulatio alteri* plaasvind? Daar word aan die hand gedoen dat daar geen logiese redes hiervoor te vinde is nie.

Uit bogenoemde blyk dit dat veral insover dit die inkorting van die beskerming wat aan derde partye gebied word, sowel as die feit dat byna enige kontrak wat voorgee om 'n artikel 35 kontrak te wees, maar nie aan die vereistes voldoen soos gestel deur die artikel nie, bloot as 'n *stipulatio alteri* beskou word, dit nie die wetgewer se bedoeling kon wees om twee stelle reëls daar te stel nie. Dit is dus duidelik dat *stipulatio alteri*-kontrakte ook onder artikel 35 tuishoort. Dit is egter ongelukkig dat die hoewe die interpretasie soos gestel in *Ex parte Vickerman*¹⁸⁹ so slaafs nagevolg het. Hierdie mistasting deur die hoewe het tot gevolg dat dit duidelik in artikel 35 uitgestip moet word dat *stipulatio alteri*-kontrakte ook onder die artikel tuishoort. Die enigste uitweg in hierdie verband blyk dus die wysiging van die bestaande artikel te wees.¹⁹⁰

Dit is belangrik dat dit duidelik uit artikel 35 moet blyk dat die vereiste dat twee afskrifte van die voorinlywingskontrak, waarvan een deur 'n notaris gesertifiseer moet word, by die registrateur ingedien moet word, nie bloot aanwysend van aard is nie, maar inderdaad gebiedend. Die beleid onderliggend aan hierdie bepaling is om beskerming aan voornemende beleggers te bied. Indien die bepaling bloot aanwysend van aard is, soos die meerderheid in *Sentrale Kunsmis Korporasie v NKP Kunsmisverspreiders*¹⁹¹ bevind het, word die beskerming wat deur die bepaling beoog is, geneutraliseer.

Indien 'n kontrak nie aan die vereistes soos gestel deur artikel 35 voldoen nie, maar waar die sluiting van 'n kontrak in terme van hierdie artikel wel beoog is, word die kontrak bloot as 'n *stipulatio alteri* beskou, en blyk dit steeds geldig te wees. Die beskerming wat aan derde partye ingevolge artikel 35 gebied word is gebrekkig. Die maatskappy het 'n diskresie om die kontrak te bekragtig al dan nie. Indien die maatskappy nie die kontrak binne 'n redelike tyd bekragtig of geïnkorporeer word nie, verval die kontrak eenvoudig en doen niemand enige aanspreeklikheid op nie.¹⁹² Alhoewel daar 'n publiseitsvereiste aan die voorinlywingskontrakte gekoppel word, het die derde geen verdere beheer oor die inkorporeringsproses van die maatskappy, sowel as die moontlike aanvaarding van die voorinlywingskontrakte

189 1935 CPD 429.

190 Sien hoofstuk 10 vir die voorgestelde wysigings van artikel 35.

191 1970 3 SA 367 A.

192 *Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk v NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk* 1970 3 SA 367 A; *Racec (Mooifontein) (Pty) Ltd v Devonport Investment Holding Co (Pty) Ltd* 1976 1 SA 299 W.

deur die maatskappy nie. Die Australiese posisie aangaande die hof se diskresie om steeds die promotor sowel as die maatskappy moontlike aanspreeklikheid te laat ooploop indien dit regverdig en billik is, bied beskerming aan *bona fide*-derdes en behoort ook in Suid-Afrika ingevoer te word.

Dit is verder van groot praktiese belang dat artikel 35 dit duidelik stel dat 'n voorinlywingskontrak wat in terme van die artikel gesluit is, terugwerkend van krag is, dit wil sê vanaf die datum van kontraksluiting.¹⁹³

Die Suid-Afrikaanse regsposisie rakende voorinlywingskontrakte spartel in 'n onsekere mengsel van die gemenerereg en onduidelike statutêre bepalings rond. Dit is noodsaaklik dat die situasie beredder word, met as enigste uitweg die herskryf van artikel 35.

193 Die beslissing van regter Greenberg in *Peak Lode GM Co Ltd v Union Government* 1932 TPD 48 dat die kontrak eers vanaf die oomblik van bekragtiging in werking tree, moet dus finaal omvergewerp word.

HOOFSTUK 4

DIE LEERSTUK VAN OPENBAARMAKING

1. DOELWIT EN WERKSWYSE

Die doel van hierdie hoofstuk is om die openbaarmakingsbeginsel te ontleed en om daarna 'n aanbeveling oor die toekoms van hierdie leerstuk in Suid-Afrika te maak.

Die doel word bereik deur eerstens die historiese ontwikkeling van die leerstuk na te gaan. Daarna word die belang en doel van die leerstuk in oënskou geneem, terwyl die werking van die leerstuk laastens ondersoek word.

As gevolg van die internasionale strewe na eenvormigheid¹ (soos byvoorbeeld die skepping en onderskrywing van die rekeningkundige beginsels voorgestel deur die Internasionale Komitee vir Rekeningkundige Standaarde) asook die gedeelde voorgeskiedenis² wat die openbaarmakingsbeginsel in Suid-Afrika, Engeland, Australië en die VSA geniet, sal die individuele posisies in hierdie lande nie bespreek word nie aangesien dit tot onnodige duplisering sal lei en word daar gevolglik volstaan met die Suid-Afrikaanse posisie. Die belangrikste internasionale liggame³ wat 'n rol in die ontwikkeling van die openbaarmakingsbeginsel speel, sal egter kortliks bespreek word.

2. INLEIDING

Die leerstuk van openbaarmaking is een van die fundamente van die Suid-Afrikaanse maatskappyereg, en alhoewel dit onseker is hoe stewig hierdie fondament is, word daar steeds hierop voortgebou.

Gower beskryf die leerstuk van openbaarmaking as beskermingsmaatreël en alhoewel hierdie beskrywing in wese met die oog op die Engelse reg gedoen is, is dit ook op die Suid-Afrikaanse regsposisie van toepassing:

On the basis that 'forewarned is forearmed' the fundamental principle underlying the Companies Acts has been that of disclosure...disclosure still remains the principal

1 Sien punt 7.
2 Sien punt 3.
3 Sien punt 7.

safeguard on which the Companies Acts pin their faith, and every succeeding Act since 1862 has added to the extent of the publicity required...⁴

Soos later sal blyk, is verskeie leerstukke deur die beginsel van openbaarmaking beïnvloed. Die mees sprekende voorbeeld sou die spesiale verhouding tussen die leerstuk van toegerekende kennis en die beginsel van openbaarmaking wees. Ingevolge die leerstuk van toegerekende kennis⁵ word elke persoon wat met die maatskappy onderhandel geag op hoogte te wees van die inhoud van die openbare dokumente van die maatskappy.⁶ Die leerstuk van toegerekende kennis is gevolglik direk gekoppel aan die publisiteit wat aan die openbare dokumente van die maatskappy deur middel van openbaarmaking en registrasie verleen word.⁷ Die beginsel van openbaarmaking bly dus van krag alhoewel die voortbestaan van hierdie beginsel al by verskeie geleenthede, beide in Suid-Afrika⁸ en in Engeland,⁹ waar die beginsel sy ontstaan gehad het, ernstig bevraagteken is.

Met die studie van die beginsel van openbaarmaking in die maatskappyereg moet oor vakgrense heen gekyk word. Die vereistes wat betrekking het op die publikasie van finansiële state, vervat in die Vierde Bylae van die *Maatskappywet*, kan nie bloot afgemaak word as 'n saak wat slegs op rekenmeesters betrekking het nie. Net so kan die rekenmeester hom ook nie beperk tot noukeurige kennis van die bepallings van die *Maatskappywet* wat handel oor finansiële state en die res van die wet aan die juris oorlaat nie. Die bepallings van die *Maatskappywet* betreffende finansiële state vorm 'n integrale deel van die milieu-struktuur van die korporatiewe reg en moet daarom as sodanig behandel word.¹⁰

Die openbaarmakingsbeginsel vind in die volgende gevalle toepassing in die Suid-Afrikaanse reg: By die inlywing van 'n maatskappy moet die akte van oprigting en statute as openbare dokumente by die Registrateur van Maatskappye ingedien word. Spesiale besluite wat byvoorbeeld die akte en statute van die maatskappy wysig,

4 Gower 1957:408.

5 Vir 'n volledige bespreking van die leerstuk van toegerekende kennis, sien hoofstuk 5.

6 Sien Oosthuizen 1979:1.

7 Sien Wet 61/1973 artikels 9, 59(1), 63(1), 67 en 68(1). Sien ook Fourie 1988:218-219; Oosthuizen 1978(a):3-4; Naudé 1971:506.

8 Sien McLennan 1997:333; Oosthuizen 1979:14; Naudé 1974:328.

9 Sealy 1984:17-31, 41.

10 Cilliers 1964:203.

moet ook by die Registrateur ingedien word.¹¹ Indien die maatskappy die publiek nader om aandele of skuldbriewe op te neem, moet 'n prospektus uitgereik word.¹² Inligting betreffende die lidmaatskap van die maatskappy is te eniger tyd vir insae beskikbaar by die Registrateur.¹³ Die laaste geval is die gereelde publikasie van geouditeerde finansiële state.¹⁴ Publikasie neem verskeie vorme aan. Die volgende gevalle kan as voorbeelde dien: Die indiening van finansiële jaarstate by die algemene jaarvergadering.¹⁵ Die verspreiding van finansiële jaarstate aan aandeelhouders en skuldbriefhouders.¹⁶ Die indiening van finansiële jaarstate by die Registrateur indien die maatskappy 'n publieke maatskappy is of indien dit 'n private maatskappy is in die geval waar die betrokke private maatskappy 'n filiaal van 'n publieke maatskappy is.¹⁷

3. HISTORIESE ONTWIKKELING

Om die openbaarmakingsvereiste in die algemeen en die publikasie van finansiële state in besonder, binne die raamwerk van die *Maatskappywet* te verstaan, is dit noodsaaklik om die ontwikkeling van die Engelse *Companies Acts* kortliks in oënskou te neem, aangesien die Suid-Afrikaanse maatskappywetgewing grootliks op hierdie wetgewing geskoei is.¹⁸

Toe die wetgewer van die destydse Unie van Suid-Afrika die *Maatskappywet* 46 van 1926, op die wetboek geplaas het, het daar 'n oornameword van die geskiedenis tot die Engelse *Companies Act* van 1908 plaasgevind.¹⁹ Die rede waarom daar 'n oornameword van die voorgeskediedenis tot die *Companies Act* van 1908 was, is weens die feit dat die Suid-Afrikaanse howe (verkeerdelik) op Engelse beslissings staatgemaak het as gesag waar die Suid-Afrikaanse gemenerereg nie 'n oplossing vir 'n bepaalde

11 Vir 'n gedetailleerde beskrywing van die prosedures sien Cilliers *et al* 2000: hoofstuk 6.

12 Vir 'n volledige bespreking van die prospektus sien Cilliers *et al* 2000: hoofstuk 17. Sien ook hoofstuk 7 in Everingham en Lomax 2005.

13 Sien Cilliers *et al* 2000: hoofstuk 15 vir 'n volledige beskrywing jeens lede en aandeelhouders.

14 Vir 'n volledige uiteensetting van die vereistes van geouditeerde finansiële state sien Everingham en Lomax 2005: hoofstuk 8; Vorster 2001: hoofstukke 3 tot 33; Cilliers *et al* 2000: hoofstuk 22.

15 Artikel 286(1).

16 Artikel 302(1).

17 Artikel 302(4).

18 Cilliers 1964:205.

19 Cilliers 1964:205.

probleem gebied het met die toepassing van Maatskappywetgewing in Suid-Afrika nie.²⁰ 'n Sprekende voorbeeld hiervan is die toepassing van die *ultra vires*-leerstuk, estoppelleerstuk sowel as die *Turquand*-reël.

Die Engelse maatskappywetgewing is op sy beurt die produk van sy eie voorgeskiedenis. Sedert die eerste wetgewing wat voorsiening gemaak het vir die algemene verkryging van regs persoonlikheid deur middel van registrasie, die *Joint Stock Companies Act 1844*,²¹ was daaropvolgende maatskappywetgewing slegs daarop gemik om bestaande wetgewing te wysig. Op sy beurt was die *Joint Stock Companies Act 1844* weer sterk beïnvloed deur die ontwikkeling van die gemenerereg, sowel as die voorafgaande ekonomiese gebeure in Engeland en veral die ekonomiese fiasko van 1720 wat as “the bursting of the South Sea Bubble” bekend gestaan het.²²

Die eerste algemene *Companies Act* van 1844 het slegs vir 'n enkele maatskappyvorm, die onbeperkte maatskappy, voorsiening gemaak. Dit was hoofsaaklik te wyte aan die misbruik van die maatskappyvorm in die verlede, sowel as die sterk invloed wat die vennootskapsreg op die terrein van die maatskappyereg uitgeoefen het deur middel van die “deed of settlement companies”.²³ Een van die grondbeginsels van die 1844-wet was die instelling van die kantoor van die “Registrar of Joint Stock Companies”, waar voorgeskrewe dokumentêre inligting betreffende maatskappye vir openbare insae bewaar moes word.

Die grondslae van die leerstuk van openbaarmaking is dus in die heel eerste *Joint Stock Companies Act* neergelê. In hierdie wet was die oogmerk van openbaarmaking om aandeelhouers en potensiële aandeelhouers te beskerm. Die belange van krediteure is genoegsaam beskerm deur die onbeperkte aanspreeklikheid van lede vir die skulde van die maatskappy. Dié wet het ook vereis dat 'n behoorlik

20 Lombard 2002:237

21 *Companies Act 1844* 7 en 8 Vict c. 110. Dit was die eerste wet wat voorsiening gemaak het vir die oprigting van 'n maatskappy by wyse van registrasie. Dit het dus na die inwerkingtrede van hierdie wet vir die eerste keer moontlik geword om af te wyk van die aanvaarde praktyk om regs persoonlikheid te verkry deur die promulgasie van 'n spesifieke wet, wat die oprigting van 'n spesifieke regs persoon op sy beurt beoog (die sogenaamde “statutory company”). Die wetgewer het dit egter nie geneë gevind om beperkte aanspreeklikheid aan die lede van hierdie “geregistreerde maatskappye” toe te staan nie. Sien Gower 1992:41-45.

22 Cilliers 1964:205. Sien ook Rajak 1995:12-13 asook Gower 1992:20-30.

23 7 en 8 Vict c. 110 artikel 25.

geouditeerde, volledige en ware balansstaat aan die jaarvergadering voorgelê moet word en daarna by die Registrateur se kantoor ter insae moet lê.²⁴

Na verloop van elf jaar het die *Limited Liability Act* van 1855²⁵ dit moontlik gemaak om die onbeperkte aanspreeklikheid wat deur die 1844-wet daargestel is te beperk tot die bedrag wat deur lede op aandele verskuldig is.²⁶ Hierdie beperking is bewerkstellig deur die toepassing van die gemeenregtelike metode van beperking van aanspreeklikheid deur middel van ooreenkoms ten opsigte van elke kontrak wat aangegaan is.²⁷ Die krediteur stem dus in dat hy vir die bevrediging van eise teen die maatskappy slegs op die maatskappy se kapitaalfonds aangewese is.²⁸

Die vestiging van beperking van aanspreeklikheid op grond van kennis is een van die vernaamste voorbeelde van die toepassing van die leerstuk van openbaarmaking in die Engelse sowel as Suid-Afrikaanse maatskappywetgewing.²⁹

Die *Limited Liability Act* van 1855 het die beperking van aanspreeklikheid op die openbaarmaking van inligting gegrond en nie op wetlike vereistes betreffende minimum aandelekapitaal soos die geval in die verlede was nie. Tydens die debat oor die wet in die Engelse Hoërhuis het graaf Granville (President of the Board of Trade) die posisie volgens die verslag soos volg gestel:

...The chief safeguard was publicity, and that was insisted upon in the Bill. Every suggestion of further safeguard would...be entirely illusionary...³⁰

Dit is dus duidelik dat die *Limited Liability Act* van 1855 die openbaarmakingsbeginsel, soos vervat in die *Companies Act* van 1844, verder uitgebou het.³¹

24 7 en 8 Vict c. 110 a47-48. Die verslag van die Parlementêre Komitee wat die wet voorafgegaan het, het die belang van gepubliseerde finansiële state beklemtoon: "Periodical accounts if honestly made and fairly audited, cannot fail to excite attention to the real state of a concern..." *British Parliamentary Papers* 1844 (119) VII, p. 4-6. Sien ook Wandrag 1997:5-6.

25 18 en 19 Vict c. 133.

26 18 en 19 Vict c. 133 artikel 5.

27 *Hallet v Dowdall* (1852) 21 L.J.Q.B. 98.

28 18 en 19 Vict c. 133. kol. 1378-1524. Die oorspronklike wetsontwerp het voorsiening gemaak vir 'n minimum gemagtigde kapitaal van £20 000, 'n minimum uitgereikte kapitaal van £15 000 en 'n minimum opbetaalde kapitaal van £3 000. As gevolg van die vestiging van beperking van aanspreeklikheid op grond van kennis, is die kern van hierdie bepalings weggelaat uit die Wet in sy finale beslag.

29 Cilliers 1964:207.

30 Hansard (1855) Deel 139, kol. 2045.

31 18 en 19 Vict c. 133 artikel 1, 4 en 5.

Die volgende wet, die *Joint Stock Companies Act*³² van 1856, het bogenoemde twee wette gekonsolideer.³³ Die 1856-wet het sterk op die *laissez faire*-leer³⁴ gesteun. Lowe, 'n aanhanger van die *laissez faire*-leer, het die uitgangspunt van die wet soos volg saamgevat:

...I do not think it is a fair or right principle to embarrass, perhaps, a hundred honest, sound, bona fide concerns in the vain and futile effort to correct the hundred-and-first, which may be of a contrary character...³⁵

Die wet van 1856 het die bepalings betreffende 'n verpligte geouditeerde balansstaat laat vaar, instede is 'n voorgeskrewe balansstaatvorm ingesluit en die aanvaarding daarvan was vir die maatskappy opsioneel.³⁶

Die *Companies Act* van 1862³⁷ het geen veranderinge met betrekking tot die openbaarmakingsbeginsel bevat nie. Die *Companies Act* van 1900 het weer ouditering van finansiële state verpligtend gemaak, deurdat die voorlegging van 'n geouditeerde jaarlikse balansstaat aan lede voorgeskryf is.³⁸ Die *Companies Act* van 1907 het die inlewering van 'n geouditeerde balansstaat by die kantoor van die Registrateur verpligtend gemaak.³⁹

Dit is vreemd dat die publikasie van geouditeerde finansiële state vir 'n tydperk van bykans 50 jaar nie deel van die Engelse *Companies Act* uitgemaak het nie. Dit kan toegeskryf word aan die gewildheid van die *laissez faire*-leer, sowel as die feit dat die vennootskapsreg sterk invloed uitgeoefen het op die gebied van die maatskappyereg.⁴⁰

Die volgende groot stap wat op die gebied van openbaarmakingsvereistes geneem is, het in 1929 plaasgevind met die publikasie van 'n wins-en-verliesrekening wat vir

32 19 en 20 Vict c. 47.

33 Lombard 2003:34.

34 Die *laissez faire*-leer het 'n hoogtepunt gedurende die 19de eeu bereik. Ingevolge hierdie leer moet die vrye mark toegelaat word om homself te reguleer. Geen inmenging by die werking van die vrye mark word dus toegelaat nie. Vir 'n volledige bespreking van hierdie leer en die tydperk van *laissez faire*-kapitalisme sien Terreblanche 1994:128-163.

35 Hansard (1856) Deel 140, kol. 124.

36 Artikel 69-84, tabel B, 19 en 20 Vict c. 47.

37 25 en 26 Vict c. 89.

38 63 en 64 Vict c. 48 artikel 21.

39 7 Edw. 7, c. 50 artikel 21.

40 Gower 1957:4.

die eerste keer verpligtend gemaak is.⁴¹ Die Suid-Afrikaanse *Maatskappywysigingswet* 23 van 1939, wat op die *Companies Act* van 1929 gebaseer is, het ook voorskrifte betreffende die inhoud van die wins-en-verliesrekening bevat.⁴²

Die *Companies Act* van 1948, wat gevolg is deur die Suid-Afrikaanse *Maatskappywysigingswet* 46 van 1952, het die besonderhede wat in die balansstaat en in die wins-en-verliesrekening getoon moes word, verder uitgebrei.⁴³ 'n Kommerwekkende aspek van die 1973 *Maatskappywet* is dat hierdie wet veel laer standaarde vir die openbaarmaking van die finansiële jaarstate aan derde partye in die geval van private maatskappye bevat.⁴⁴

In die algemeen gesproke was die ontwikkeling van die openbaarmakingsvereistes grotendeels te wyte aan die feit dat leemtes in die bestaande wetgewing ontdek is.⁴⁵ 'n Voorbeeld hiervan is die *Kylsant*-saak⁴⁶ wat aanleiding gegee het tot die bepalings in die *Companies Act* van 1948 wat daarop gemik is om geheime reserwes te bekamp.⁴⁷

Bogenoemde samesprekings het daartoe gelei dat die Rekeningkundige Praktykeraad in die lewe geroep is met verteenwoordigers van die volgende instansies as lede: die Nasionale Raad van Geoktrooieerde Rekenmeesters (SA), die Openbare Rekenmeesters- en Ouditeursraad; die Johannesburgse Effektebeurs, die Vereniging van Kamers van Koophandel van Suid-Afrika; die Afrikaanse Handelsinstituut; die Suid-Afrikaanse Gefedereerde Kamer van Nywerhede; die Kamer van Mynwese van Suid-Afrika; en die Federasie van Staal- en Ingenieursnywerhede van Suid-Afrika.

41 19 en 20 Geo. 5. c 23.

42 Die balansstaat moes ook 'n opsomming bevat van die gemagtigde uitgereikte kapitaal, bates en laste, tesame met genoegsame besonderhede om die algemene aard van die bates en laste te openbaar. Die waarde sowel as die metodes van waardering van die onderskeie bates en laste moes ook aangetoon word. Geen vereistes is vir die inhoud van die wins-en-verliesrekening gestel nie.

43 In die wins-en-verliesrekening moes die bedryfswins, direkteursgelde, dividende en verliese van filiale, abnormale debiete en krediete, inkomste uit beleggings en winste of verliese op aandeeltransaksies en op die tegeldmaking van nie-bedryfs- en vaste bates beskryf word.

44 Sien artikel 302(4) wat bepaal dat die finansiële jaarstate van 'n private maatskappy slegs by die Registrateur ingedien hoef te word indien die private maatskappy die filiaal van 'n publieke maatskappy is.

45 Rose 1963:22.

46 *R v Kylsant* [1932] 1 KB 442 C.C.A.

47 Cilliers 1964:209.

Sedertdien het onder andere ook die volgende liggame sitting op die Rekeningkundige Pratykeraad verkry: die Instituut van Koste- en Bestuursrekenmeesters; die Suider-Afrikaanse Instituut van Geoktrooieerde Sekretarisse en Administrateurs; die Suider-Afrikaanse Rekeningkundige Vereniging; en die Instituut van Munisipale Tesouriers en Rekenmeesters SA. (Die Nasionale Raad van Geoktrooieerde Rekenmeesters (SA) het later die Suid-Afrikaanse Instituut van Geoktrooieerde Rekenmeesters geword, terwyl die Suid-Afrikaanse Gefedereerde Kamer van Nywerhede en die Vereniging van Kamers van Koophandel van Suid-Afrika saamgesmelt het om die Suid-Afrikaanse Besigheidskamer te vorm.)⁴⁸ Die naam van die Rekeningkundige Standaardekomitee is verander na die Rekeningkundige Praktykekomitee.⁴⁹

Die Rekeningkundige Praktykekomitee sou voorgestelde standpunte inisieer, in konsepvorm ("Geopenbaarde Konsepte" genoem) versprei, kommentaar van belanghebbendes ontvang en uiteindelik aan die Rekeningkundige Pratykeraad vir finale goedkeuring voorlê.⁵⁰

In 1978 het die Rekeningkundige Pratykeraad die mening van 'n senior advokaat verkry om te bepaal wat presies as Algemeen Aanvaarde Rekeningkundige Praktyk (AARP) vir die doeleindes van die Wet beskou sou word.⁵¹

Die mening was dat, weens die prosedure wat gevolg word by die goedkeuring van die standpunte, en weens die samestelling van die Raad, daar wel voldoen word aan die vereistes van die wet. Verder het die mening bepaal dat die nienakoming van AARP nie noodwendig 'n oortreding van die Wet daarstel nie.⁵² Davis⁵³ spreek kritiek uit teen die opinie van die senior advokaat:

The root of the problem lies in both the structure of the APB (Accounting Practice Board) and the lack of conceptual framework in which to develop statements of generally accepted accounting practice. These two factors do not operate in isolation but feed on each other.

Davis voel dus dat alhoewel dit op die oog af lyk asof die Rekeningkundige Pratykeraad 'n breë spektrum van partye verteenwoordig, daar 'n

48 Vorster *et al* 2004:4-5

49 Vorster *et al* 2004:4-5

50 Vorster *et al* 2004:4-5; Vorster *et al* 2003:4-6; Vorster *et al* 2001:5-6.

51 Davis 1983:118. Asook Vorster *et al* 2001:6.

52 Davis 1983:118.

oorverteenwoordiging van groot sakebelange is en ander partye afgeskeep word. Die tweede probleem is dat die konseptuele raamwerk vir die vorming van AARP ontbreek. Davis voel dus dat dit moeilik is om AARP te formuleer as die vraag wat finansiële state behoort te sê, nog nie beantwoord is nie.

Bogenoemde probleme en ander probleme wat in die praktyk opgeduik het, het gelei tot die besluit om die openbaarmakingsvereistes van aanvaarde standpunte in die Vierde Bylae tot die Wet op te neem en om 'n algemene bepaling in die Vierde Bylae in te voeg ingevolge waarvan besonderhede van enige afwyking van die voorskrifte wat in die standpunte vervat is, in finansiële state openbaar moet word, tesame met 'n aanduiding van die uitwerking daarvan en die redes daarvoor.⁵⁴ Die enigste nadeel met die opname van die standpunte in die Wet, is dat dit 'n langsame proses is om die Wet te wysig en ongelukkig bevat die Wet dus tans standpunte wat intussen alreeds gewysig is.⁵⁵

Gedurende 1990 is 'n rekeningkundige taakgroep deur die Suid-Afrikaanse Instituut van Geoktrooieerde Rekenmeesters in die lewe geroep met die doel om 'n forum te voorsien en menings uit te spreek oor rekeningkundige vraagstukke waaroor onduidelikheid in die praktyk bestaan of wat onbevredigend gehanteer word. Die menings van die groep word deur 'n "3" voorafgegaan, byvoorbeeld RE 300. Die "3"-reeksmening stel dus nie noodwendig aanvaarde rekeningkundige praktyk daar nie, maar dien bloot as verklarings van problematiese aspekte.⁵⁶

In die proses om die Suid-Afrikaanse standpunte met internasionale publikasies in pas te bring, word publikasies met 'n "4"-voorvoegsel intussen deur die Suid-Afrikaanse Instituut van Geoktrooieerde Rekenmeesters uitgereik.⁵⁷

4. BELANG EN DOEL VAN OPENBAARMAKING

Die beginsel van openbaarmaking is geskoei op die idee dat belanghebbende partye beter beskerm word deur openbaarmaking te vereis as om streng regulerende en voorskriftelike beginsels in wetgewing te vervat. Die funksionele verband tussen

53 Davis 1983:120.

54 Vierde Bylae paragraaf 5 van Wet 61/1973.

55 Vorster *et al* 2001:7.

56 Vorster *et al* 2001:7.

57 Vorster *et al* 2001:8.

openbaarmaking en vrystelling van streng regulatoriese voorskrifte word soos volg deur Rose verduidelik:

...publicity is the price of freedom...The alternative [to publicity] is inevitably the imposition of rigid legislative restrictions on business behaviour...⁵⁸

Die beginsel van openbaarmaking laat dus die wetgewer toe om minder rigiede maatreëls vir die beheer van maatskappy-optrede daar te stel.⁵⁹

5. WERKING VAN DIE OPENBAARMAKINGSBEGINSEL

Die beginsel is op elke fase van die bestaan van die maatskappy van toepassing, van registrasie tot ontbinding of deregistrasie van die maatskappy. Daar is verskeie maniere waarop die leerstuk funksioneer, so byvoorbeeld word die hele geskiedenis van elke maatskappy, in besonder dié van 'n publieke maatskappy, bygehou in dokumente wat vir openbare insae by die Registrateur van maatskappye beskikbaar is.⁶⁰

Die volgende voorbeeld illustreer die werking van die leerstuk van openbaarmaking. Die vertroulike inligting wat tot die beskikking van direkteure is, skep die gevaar dat direkteure tot moontlike nadeel van aandeelhouders met die aandele van 'n publieke maatskappy kan spekuleer.

Die Wet self beperk egter nie die aandeeltransaksies wat deur 'n direkteur aangegaan mag word nie. Die Wet bepaal egter wel dat besonderhede betreffende direkteure se aandeelbesit en die uitreiking van aandele geopenbaar word en deur middel van bepaalde prosedures geskied.⁶¹ Binnekennistransaksies word tans deur die *Security Services Act* 36 van 2004 gereël. Hierdie stuk wetgewing bevat 'n omskrywing van handeling⁶² wat as binnekennistransaksies beskou word en skep siviele aanspreeklikheid vir persone wat hierdie wet oortree en gevolglik skuldig bevind word.⁶³

58 Rose 1963:8.

59 Cilliers 1964:204.

60 Cilliers *et al* 1992:183.

61 Artikel 221, 222 en 223 van Wet 61/1973.

62 Artikels 73-75.

63 Artikel 77.

Soos reeds vermeld moet openbaarmaking in ooreenstemming met algemeen aanvaarde rekeningkundige praktyk geskied.⁶⁴ Die openbaarmakingsvereistes van die rekeningkundige standpunte word in die Vierde Bylae van die Wet vervat. Nie-gepromulgeerde algemeen aanvaarde rekeningkundige praktyk word dikwels “klein aarp” genoem, in teenstelling met “groot AARP”, naamlik daardie rekeningkundige praktyke wat in standpunte gekodifiseer is. AARP dui dus op rekeningkundige praktyke wat in standpunte beskryf is, terwyl aarp op praktyke dui wat algemene aanvaarding geniet, deurdat dit deur ’n beduidende groep maatskappye toegepas word, hoewel dit nie in enige standpunt oor algemeen aanvaarde rekeningkundige praktyk beskryf word nie.⁶⁵

Ten einde aan die vereistes van artikel 286(3)⁶⁶ van die Wet te voldoen hoef ’n maatskappy slegs die voorskrifte van aarp na te kom. Aangesien dit egter in baie gevalle moeilik is om die presiese omvang van aarp-vereistes vas te stel, word maatskappye aangemoedig om hul finansiële state ingevolge AARP op te stel. Direkteure behoort dus een van bogenoemde raamwerke as primêre

64 Standpunte oor algemeen aanvaarde rekeningkundige praktyk word almal genoteer met die voorvoegsel RE 1, direk gevolg deur twee verdere syfers. Publikasies met die voorvoegsel RE 2, direk gevolg deur twee verdere syfers, staan as rekeningkundige riglyne bekend, en dié met die voorvoegsel RE 3, direk gevolg deur twee verdere syfers, staan as menings bekend. Die RE 4-reeks is interpretasies van bepaalde aspekte van sekere standpunte. Vorster *et al* 2001:1-9. Die Rekeningkundige Praktykeraad is toegewyd daaraan om die Suid-Afrikaanse AARP standaard so na as moontlik aan dié van die IASB te hou. Dit is egter in sommige gevalle nodig om die RE 1 standpunte op ’n ander wyse te interpreteer, aangesien sekere omstandighede mag voorkom wat eiesoortig is aan Suid-Afrika. Om vir hierdie gevalle voorsiening te maak het die Rekeningkundige Praktykeraad die RE 5-reeks begin uitvaardig. Die RE 5-reeks dra dieselfde gewig as die RE 1- sowel as RE 4-reekse en moet gevolglik tesame met hierdie reekse gelees word. Vorster *et al* 2004:10-11. ED 167 is deur die Suid-Afrikaanse Instituut van Geotrooieerde Rekenmeesters uitgereik ten einde AARP aan te suiwer sodat dit die IFRS-posisie in alle omstandighede sal weergee. Vir ’n volledige lys van AARP standpunte met hul internasionale ekwivalente sien; Opperman *et al* 2005:1; Vorster 2004:8-11; Vorster 2003:9. Vir ’n volledige beskrywing van al die Internasionale standaard kan die International Financial Reporting Standards (IFRS) 2004 geraadpleeg word.

65 Vorster *et al* 2004:5; Vorster *et al* 2003:10; Vorster *et al* 2001:9.

66 Artikel 286(3) bepaal soos volg: “Die finansiële jaarstate van ’n maatskappy moet ooreenkomstig algemeen aanvaarde rekeningkundige praktyk die toestand van die sake van die maatskappy en sy besigheid aan die einde van die betrokke boekjaar en die wins of verlies van die maatskappy vir daardie boekjaar redelik weergee en moet vir daardie doel in ooreenstemming wees met en ten minste insluit die aangeleenthede voorgeskryf deur bylae 4, vir sover as wat dit toepaslik is, en aan enige ander vereistes van hierdie Wet voldoen.” Artikel 300(i) van die Wet bepaal voorts dat die maatskappy se ouditeur moet verseker dat die maatskappy se finansiële state voldoen aan algemeen aanvaarde praktyk, en dat die wyse waarop die inligting weergegee word, versoenbaar is met die manier waarop dit op die vorige jaar gedoen is. Sien ook Everingham en Lomax 2005:12.

verslagdoeningsbasis te kies en hul keuse duidelik in die finansiële state aan te dui.⁶⁷

Daar kan egter tereg gevra word hoe effektief die publikasie van finansiële state ingevolge AARP-vereistes (wat deur wetgewing vereis en afgedwing word) toekomstige skandale soos byvoorbeeld Enron in die toekoms sal kan beperk.

6. BELANGEGROEPE WAT BESKERMING GENIET DEUR MIDDEL VAN OPENBAARMAKING

Daar kan verskillende groeperings onderskei word, wie se belange deur die werking van die openbaarmakingsbeginsel beskerm of bevoordeel word. Hierdie groeperings is onder meer: potensiele aandeelhouders of beleggers, aandeelhouders, skuldeisers, die maatskappy self en persone wat met die maatskappy kontrakteer.⁶⁸ Aanvanklik is die verskaffing van publisiteit as een van die doeltreffendste wyses beskou om wanpraktyke deur maatskappye aan die kaak te stel.⁶⁹ Dit blyk egter uit moderne finansiële skandale soos bv. Enron en Worldcom dat die publikasie van inligting nie as die enigste oplossing beskou kan word ten einde die wanbestuur van maatskappye te voorkom nie.

7. REGSVERGELYKENDE BLIK

Ten einde internasionale eenvormigheid met betrekking tot rekeningkundige gebruike te bereik, is 'n liggaam genaamd die Internasionale Komitee vir Rekeningkundige Standaarde (hierna IASC) gestig. Die meeste Westerse lande, onder wie Suid-Afrika, Groot-Brittanje, Australië asook die VSA was op hierdie komitee verteenwoordig.

Die IASC was 'n vrywillige vereniging van professionele rekeningkundige liggame en sy gesag het berus in die gesag van dáárdie liggame oor hul eie lede.

67 Vorster *et al* 2003:11; Vorster *et al* 2001:10. Daar moet egter ook in gedagte gehou word dat die Johannesburgse Sekuriteite Beurs sedert 1 Januarie 2005 alle genoteerde maatskappye verplig om aan die standaard, soos gestel deur die IASB, te voldoen. Sien Everingham en Lomax 2005:13.

68 Sealy 1981:55-56.

69 Gower 1957:41; Hadden 1968:280.

Die doelwitte van die IASC was:

- a) om in die openbare belang rekeningkundige standaarde te formuleer en te publiseer wat nagekom sal word by die opstel van finansiële state en om die wêreldwye aanvaarding en nakoming van sodanige standaarde aan te moedig, en
- b) om die verbetering en harmonisering van regulasies, rekeningkundige standaarde en prosedures in verband met die aanbieding van finansiële state te bevorder.⁷⁰

Die Internasionale Komitee vir Rekeningkundige Standaarde (IASC) staan sedert 2001 bekend as die Internasionale Raad vir Rekeningkundige Standaarde (IASB)⁷¹ met Suid-Afrika wat ook by laasgenoemde liggaam verteenwoordig word.

Die missie van die IASB is:

...developing, in the public interest, a single set of high quality, understandable and enforceable global accounting standards that require transparent and comparable information in general purpose financial statements. In addition, the Board cooperates with national accounting standard setters to achieve convergence in accounting standards around the world.⁷²

Die IASB-standaarde word wêreldwyd gebruik en 'n toenemende getal internasionale finansiële instellings onderskryf hierdie standaarde.

'n Harmonisering van Suid-Afrikaanse rekeningkundige standpunte en dié van die IASB is onderneem. Die vernaamste vordering wat in hierdie verband gemaak is, is dat die noteringsvereistes van die Johannesburgse Sekuriteite Beurs sodanig gewysig is, dat dit vereis dat alle genoteerde maatskappye teen 2005 aan die *International Financial Reporting Standards* (hierna IFRS) standaarde moet voldoen.⁷³

70 Vorster *et al* 2001:8-9.

71 Die Internasionale Raad vir Rekeningkundige Standaarde (IASB) is 'n vrywillige vereniging van professionele rekeningkundige liggame. Die Suid-Afrikaanse Instituut van Geotrooieerde Rekenmeesters onderskryf die oogmerk van die IASB. Hierdie oogmerk is om die internasionale aanvaarding van die IASB se International Accounting Standards (IAS) en International Financial Reporting Standards (IFRS) te bevorder. Sien Everingham en Lomax 2005:11.

72 Vorster *et al* 2003:8.

73 Vir 'n bespreking van die Johannesburgse Sekuriteite Beurs se noteringsvereistes, sien Vorster *et al* 2004:44.

Die Johannesburgse Sekuriteite Beurs tesame met die Suid-Afrikaanse Instituut van Geoktrooieerde Rekenmeesters het 'n liggaam, die Moniteringspaneel van Algemeen Aanvaarde Rekeningkundige Praktyk (GAAP-Monitoring Panel) in die lewe geroep om te verseker dat die genoteerde maatskappye inderdaad aan AARP-standaarde voldoen. Die jurisdiksie van hierdie paneel word beperk tot genoteerde maatskappye op die Johannesburgse Sekuriteite Beurs, sowel as maatskappye wat aan 'n groepering behoort waarvan genoteerde maatskappye 'n deel uitmaak. Die Paneel funksioneer op 'n klagtebasis en adviseer die Johannesburgse Sekuriteite Beurs in gevalle waar daar nie aan AARP-standaarde voldoen word nie.⁷⁴ Alhoewel hierdie poging deur die Johannesburgse Sekuriteite Beurs prysenswaardig is, blyk dit onrusbarend te wees dat die Paneel bloot op 'n klagtebasis te werk gaan en dat daar nie pro-aktiewe stappe geneem word nie.

Daar bestaan weinig wesenlike verskille tussen AARP en die IFRS. As gevolg van die feit dat daar egter wel verskille is en as gevolg van die verwarring wat hierdie verskille tot gevolg het, het die Rekeningkundige Praktykeraad besluit om die IFRS in Suid-Afrika sonder enige wysigings aan te neem. 'n Blootstellingsontwerp, ED 167, is deur die Suid-Afrikaanse Instituut van Geoktrooieerde Rekenmeesters uitgereik ten einde AARP aan te suiwer sodat dit die IFRS-posisie in alle omstandighede sal weergee.⁷⁵

Soos reeds genoem, word die IASB-standaarde wyd aanvaar en ook deur baie lande as hul eie standpunte aanvaar. As gevolg van hierdie internasionale neiging tot eenvormigheid is daar vandag weinig verskille wat die openbaarmakingsvereistes van finansiële state van die IASB-lidlande aanbetref.

Ander internasionale liggame wat ook rolspelers in die rekeningkundige arena is, sluit die Internasionale Federasie van Rekenmeesters (IFAC), die Verenigde Nasies (VN), die Organisasie vir Ekonomiese Samewerking en Ontwikkeling (OESO), en die Europese Kommissie (EK).

Die IFAC, waarvan die IASB 'n geaffilieerde liggaam is, is verantwoordelik vir die uitreiking van internasionale standaarde oor ouditkunde, etiek, opvoeding en

74 Vir 'n gedetailleerde bespreking van die Moniteringspaneel van Algemeen Aanvaarde Rekeningkundige Praktyk en in besonder die werkswyse van hierdie paneel, sien Vorster 2004:11.

75 Vorster *et al* 2003:9. Vir 'n volledige lys van AARP-standpunte met hul internasionale eweknieë, sien Opperman *et al* 2005:1 asook Vorster *et al* 2003:9.

opleiding. Die IFAC bestaan uit meer as 100 professionele rekeningkundige liggame afkomstig van 80 lande wêreldwyd.

Die VN het verskeie werkgroepe en komitees wat hul met rekeningkundige aangeleenthede besig hou, byvoorbeeld die “International Working Group of Experts on International Standards and Reporting” en die “Centre on Transnational Reporting Corporations”.

Die OESO is ’n liggaam wat hom toespits op ekonomiese ontwikkeling en finansiële stabiliteit wêreldwyd. Dié liggaam ondersteun die werk van die IASB en onderneem soms rekeningkundige navorsingsprojekte.

Die EK is verantwoordelik vir die uitreiking van rekeningkundige standaarde wat in die Europese Unie wetlike gesag het. Die EK erken die rol wat die IASB in die wêreldwye standaardisasie van rekeningkundige praktyke speel en streef na die harmonisering van sy standaarde met dié van die IASB.⁷⁶

Dit blyk duidelik uit bogenoemde dat daar ’n wêreldwye uniformiteitsneiging na die daarstelling van eenvormige rekeningkundige standaarde bestaan.

8. DIE STATUTÊRE AFDWINGING VAN ALGEMEEN AANVAARDE REKENINGKUNDIGE PRAKTYK

Dit is moontlik dat klein aarp wel gebruik mag word om inligting aangaande die maatskappy se finansiële posisie weer te gee. Dit kan egter tot die gebruik van ongesonde rekeningkundige praktyke lei, bloot vanweë die feit dat ’n aantal instansies van hierdie praktyke gebruik maak. Hierdie posisie is onaanvaarbaar. Die wetgewer het in hierdie verband ingegryp deur paragraaf 5 van die vierde Bylae van die *Maatskappywet* te promulgeer.⁷⁷

Paragraaf 5 lees soos volg:

Indien dit vir die direkteure van ’n maatskappy voorkom dat daar redes is om in die opstel van die maatskappy se finansiële state ten opsigte van enige rekenpligtige tydperk af te wyk van enige rekeningkundige begrippe soos

76 Vorster *et al* 2003:12-13; Vorster *et al* 2001:10-11.

77 Vorster *et al* 2004:6.

uiteengesit in die Standpunte van Algemeen Aanvaarde Rekeningkundige Praktyk goedgekeur deur die Rekeningkundige Praktyke Raad, waar sulke Standpunte bestaan, mag hulle dit doen, maar besonderhede van die afwyking, die uitwerking daarvan en die redes daarvoor moet vermeld word.

Die direkteure mag dus afwyk van AARP indien daar redes bestaan het om dit te doen en indien hulle hierdie redes sowel as volledige besonderhede aangaande die afwyking publiseer. Daar word egter geen aanduiding gegee van wat hierdie redes mag behels nie. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie paragraaf nie voldoen aan die gees en strekking van die internasionale tendens tot die standaardisasie en bevordering van Algemeen Aanvaarde Rekeningkundige Praktyk (AARP) nie.

Beleggers maak staat op die inligting wat in finansiële state vervat word. Dit is dus van kardinale belang dat die gebruik van gesonde Algemeen Aanvaarde Rekeningkundige Praktyk statutêr afgedwing word. Hierdie praktyke word al vir dekades in die VSA, Kanada, Australië, Nieu-Seeland en die Verenigde Koningryk statutêr afgedwing.⁷⁸

Die statutêre afdwinging van Algemeen Aanvaarde Rekeningkundige Praktyk is al by verskeie geleenthede in Suid-Afrika bepleit.⁷⁹ Ten einde die posisie te beredder, is 'n statutêre ingryp in hierdie verband in 2001 voorgestel, naamlik die Finansiële Verslaggewingswetsontwerp.⁸⁰ Teen Augustus 2006 was hierdie stuk wetgewing nog steeds nie gefinaliseer nie wat 'n leemte in Suid-Afrika tot gevolg het.

'n Onlangse stuk wetgewing wat bepalinge aangaande openbaarmakingsvereistes bevat, is die *Auditing Profession Act* 26 van 2005. Hierdie wetgewing het dit ten doel om 'n raamwerk daar te stel vir die regulering van die ouditprofessie in Suid-Afrika. Dit word gedoen deur die skepping van 'n liggaam genaamd die Onafhanklike

78 Vorster 2004:6. Sien verder: Raphael 2001:195; Cheffins 1999:515; Greenbury Report 1995; Cadbury Report 1992; Principles of Corporate Governance 1992.

79 Sien die 1994 sowel as die 2002 King-verslae (King I en King II) oor Korporatiewe Bestuur "Corporate Governance". Vir 'n volledige bespreking van die King-verslae, sien Vorster 2004: hoofstuk 23. Sien verder ook Etsebeth 2005:784; Mangalo 2003:173; De Jager 2002 (deel 1):205; De Jager 2002 (deel 2):713.

80 Vorster 2004:6. Dit is interessant om daarop te let dat die wetsontwerp 'n onderskeid tref tussen veeldoelige finansiële verslaggewingstandaarde en finansiële verslaggewingstandaarde met 'n beperkte doel. Die eerste groep standaarde het slegs betrekking op publieke maatskappye, terwyl die tweede groep standaarde op sommige private maatskappye betrekking sal hê. Die wetgewer het dus kennis daarvan geneem dat die behoeftes van private en publieke maatskappye verskil, en

Beheerraad (“Independent Regulatory Board”) wat die ouditprofessie in Suid-Afrika moet reguleer. Openbaarmaking word bevorder deurdat daar ’n aantal statutêre ouditverpligtinge⁸¹ in die wetgewing vervat word. Ouditeure word ook verplig om in sekere omstandighede ongerymdhede openbaar te maak.⁸² Laastens, maak die wetgewing ook voorsiening vir die aanstelling van ’n Komitee vir Ouditstandaarde (“Committee for auditing standards”) wat dit onder andere ten doel het om die Onafhanklike Beheerraad by te staan met die handhawing, ontwikkeling en uitvaardiging van ouditstandaarde in Suid-Afrika.⁸³ Daar is egter bitter weinig ander verwysing na openbaarmaking in hierdie stuk wetgewing.

Die Engelse *Companies Act* 2006 bevat breedvoerige bepalings aangaande die publikasie en weergee van finansiële rekords en ander verslae. Hierdie bepalings word aangetref onder die opskrif “Accounts and Reports” in Deel 15 van die betrokke stuk wetgewing en strek vanaf artikel 380 tot en met 474. Breedvoerige bepalings aangaande maatskappy ouditeure word ook in die Engelse *Companies Act* 2006 vervat in Deel 16 van dié betrokke wet en strek op hul beurt vanaf artikel 475 tot en met 539.

9. GEVOLGTREKKING EN AANBEVELINGS

In 1999 is RE101 gepromulgeer. Hierdie standpunt reël die posisie rondom die aanbieding van inligting in finansiële state in terme van Algemeen Aanvaarde Rekeningkundige Praktyk. RE101 stem ooreen met die Internasionale Rekeningkundige Standaard, IAS1. Paragraaf 11 bepaal dat finansiële state die finansiële posisie, finansiële prestasie en kontantvloei van ’n saak billik moet aandui. Dit bepaal verder dat met die gepaste toepassing van AARP en die vereiste openbaarmaking in sekere omstandighede daar “in virtually all circumstances” ’n billike weergawe van die finansiële posisie in die finansiële state vervat sal word.⁸⁴

dat dit gevolglik in sommige omstandighede nie sin sal maak om private maatskappye te dwing om aan internasionale ouditstandaarde te voldoen nie.

81 Artikel 44.

82 Artikel 45.

83 Artikel 22.

84 Blackman *et al* 2002 Vol. 2:11-11.

Daar moet egter in gedagte gehou word, dat in soverre dit die Suid-Afrikaanse AARP aanbetref, daar nog verskeie problematiese aspekte⁸⁵ aanwesig is wat meebring dat bogenoemde stelling ooroptimisties blyk te wees. Dit is van wesenlike belang dat die Algemeen Aanvaarde Rekeningkundige Praktyk so spoedig moontlik statutêr afdwinging word en dat daar nie verder deur die wetgewer in hierdie verband gesloer word nie.⁸⁶ Die nodige wysigings aan die *Maatskappywet*⁸⁷ moet ook in hierdie verband aangebring word.⁸⁸

Ten spyte van al die probleme wat met die beginsel ondervind word, is dit verblydend dat die openbaarmakingsbeginsel wêreldwyd steeds meer ontwikkel word, veral met die Enron-, Regal-, Xerox en Worldcom-skandale wat gedurende 2002 die finansiële wêreld geskud het.⁸⁹ Dit blyk egter die neiging in Engeland en nou ook in Suid-Afrika⁹⁰ te wees dat ingewikkelde en elle lange wetsartikels in hierdie verband gepromulgeer word ten einde die ontwikkeling van die openbaarmakingsbeginsel te bevorder.⁹¹ Dit blyk verder ook die tendens in Engeland te wees om die ouditprofessie ekstensief in die betrokke jurisdiksie se Maatskappywetgewing te reël.⁹² Dit is 'n ope vraag of die oplossing van die probleme wat in hierdie verband ontstaan deur middel van die promulgasie van gedetailleerde en ingewikkelde wetsartikels gevind sal word. In hierdie verband is die spreekwoord: "Slegs tyd sal leer..." ongelukkig uiters gepas.

Dit blyk duidelik dat die beginsel van openbaarmaking 'n uiters doeltreffende maatreël vir die beskerming van verskeie belangegroepes binne maatskappyregtelike verband kan wees. Dit kan egter nie as die enigste maatreël vir die voorkoming van die wanbestuur van maatskappye beskou word nie. Die interaksie wat die openbaarmakingsbeginsel met verskeie ander leerstukke het, bly egter problematies

85 Sien Wainer 2001:133. Wainer wys op die problematiese aspekte rondom RE 131 en die toepassing daarvan op artikels 76 en 90 van Wet 61/1973. 'n Verdere probleem wat Wainer op wys is die feit dat gewysigde artikel 39 en 85 tot 89 van Wet 61/1973 moontlik in konflik met RE 101 is.

86 Sien ook die spesifieke voorstelle van Basson 1994:92-92 in hierdie verband.
87 Wet 61 van 1973.

88 Artikel 286(3) sowel as paragraaf 5 van Vierde Bylae.

89 Sien Etsebeth 2005:784.

88 Dit blyk dat alhoewel dit die wetgewer se bedoeling is om 'n unieke Maatskappywet vir Suid-Afrika te skeep, die wetgewer tog in die 2006 Wetsontwerp in verband met die Maatskappyereg wel met betrekking tot hierdie aspek met die Engelse *Companies Act* 2006 probeer konformeer.

89 Die *Engelse Companies Act* 2006 reël die publikasie van finansiële verslae sowel as ander verslae in Deel 15 (Artikels 380 tot 474) van dié betrokke wet.

90 Die *Engelse Companies Act* 2006 reël die posisie met betrekking tot maatskappy ouditeure in Deel 16 (Artikels 475 tot 539) van dié betrokke wet.

en verg dringende aandag.⁹³ Daar word dus aan die hand gedoen dat die openbaarmakingsbeginsel ontwikkel moet word in soverre dit die openbaarmaking van finansiële state en direkteurshandelinge aanbetref. Dit beteken nie dat die openbaarmakingsbeginsel uitgebrei moet word ten einde die werking van die leerstuk van toegerekende kennis te versterk nie. Soos later aangedui sal word, sal daar aanbeveel word dat die leerstuk van toegerekende kennis inderdaad in Suid-Afrika afgeskaf behoort te word.⁹⁴

Daar kan met die woorde van Basson⁹⁵ in hierdie verband volstaan word:

Ek is oortuig daarvan dat die geheim in omvangryke openbaarmaking lê, in die beste tradisie van 'n Westerse oop gemeenskap, met die nodige sensitiwiteit van die werklikhede van 'n land met Suid-Afrika se ontwikkelingsvlak.

93 Verdere kommentaar en moontlike oplossings vir die probleem sal in hoofstukke 5, 6, 7 en 9 gelewer word.

94 Sien hoofstuk 5.

95 1994:93.

HOOFSTUK 5

DIE LEERSTUK VAN TOEGEREKENDE KENNIS

1. DOELWIT EN WERKSWYSE

Die doel van hierdie hoofstuk is om die werking van die leerstuk van toegerekende kennis volledig te ontleed en daarna 'n aanbeveling te maak aangaande die toekoms van hierdie leerstuk in die Suid-Afrikaanse reg.

Die historiese ontwikkeling van die leerstuk word eerstens bestudeer, waarna daar gepoog word om die leerstuk volledig te omskryf.

Tweedens word die praktiese toepassing van die leerstuk, die verband tussen die leerstuk van toegerekende kennis en ander geselekteerde maatskappyregtelike leerstukke sowel as sekere grondwetlike aspekte rakende die leerstuk in oënskou geneem.

Laastens, nadat 'n kort regsvergelende bespreking met verwysing na die Engelse, Amerikaanse en Australiese reg onderneem is, word sekere aanbevelings aangaande die toekoms van die leerstuk van toegerekende kennis in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg gemaak.

2. INLEIDING

Die leerstuk van toegerekende kennis bepaal dat die inhoud van die publieke dokumente van 'n maatskappy aan elkeen toegereken¹ word wat met die maatskappy onderhandel. Dit is irrelevant of die derde die dokumente inderdaad geraadpleeg het of bewus is van die inhoud van die openbare dokumente. Die werking van die leerstuk van toegerekende kennis word dus getemper deur die *Turquand*-reël, sowel as ingevolge die estoppelleerstuk.²

1 Die derde word geag op hoogte te wees van die inhoud van die openbare dokumente van die maatskappy. Dit is nie 'n uitgemaakte saak watter dokumente as die openbare dokumente van 'n maatskappy aanvaar kan word nie. Dit staan egter vas dat die akte van oprigting, statute en geregistreerde spesiale besluite wel as openbare dokumente beskou kan word. Vir 'n volledige bespreking van hierdie aspek, sien Oosthuizen 1976:152.

2 Blackman 2002:4.32-4.34; 4.43-4.46.

3. HISTORIESE OORSIG

Die Engelse *Joint Stock Companies Act 1844*³, is grootliks deur vennootskapsregtelike beginsels beïnvloed,⁴ en het voorsiening gemaak vir die inlywing van maatskappye ingevolge 'n algemeen magtigende wet. In die Engelse vennootskapsreg beskik elke vennoot in beginsel oor die vermoë om die vennootskap te bind indien die ooreenkoms binne die vennootskapsbesigheid tuisgebring kan word.⁵ Indien daar 'n onderlinge ooreenkoms tussen die lede is dat 'n lid nie ooreenkomste mag aangaan nie, sal die betrokke lid steeds die vennootskap bind indien die derde met wie die ooreenkoms aangegaan word, nie bewus is van die onderlinge ooreenkoms tussen die lede nie.⁶ Elke aandeelhouer kan egter nie die maatskappy bind nie en is die verteenwoordigingsbevoegdheid opgedra aan die direksie van die maatskappy.⁷ Ten aansien van die direksie se verteenwoordigingsbevoegdheid is die vennootskapsanalogie toegepas. Daar is dus aanvaar dat die direksie, net soos vennote, oor volle verteenwoordigingsbevoegdheid ten aansien van maatskappy-aangeleenthede beskik. Die maatskappygrondwet skep dus nie bevoegdhede nie, maar dien bloot tot reëling en inperking van hierdie bevoegdhede.⁸ Indien hierdie benadering sonder enige kwalifikasies toegepas sou word, sou dit aandeelhouers totaal aan die genade van direksielede uitgelewer het, aangesien die direksielede onbepaalde bevoegdhede sou hê.

Die uitspraak van die House of Lords in *Ernest v Nicholls*⁹ word uit vele oorde as die oorsprong van die leerstuk van toegerekende kennis beskou.¹⁰ Oosthuizen¹¹ voel dat

3 7 en 8 Vict c. 110.

4 Lombard 2003:32-33; Oosthuizen 1979:4.

5 *Ernest v Nicholls* (1857) 6 HL Cas 401:408 en *Partnership Act* 1890 (53 en 54 Vict c. 39) artikel 5. In Suid-Afrika is die posisie dieselfde, sien Snyman 2000:345-347; Henning en Du Plessis 1993:339 asook De Wet en Van Wyk 1978:402.

6 *Ernest v Nicholls* (1857) 6 HL Cas 401; Snyman 2000:345-347; De Wet en Van Wyk 1978:402.

7 *Joint Stock Companies Act* 1844 artikels 7 en 27. Dit was ook moontlik vir die maatskappy om iemand anders as verteenwoordiger aan te stel.

8 *Smith v The Hull Glass Company* 8 CB Rep 668:675: "It seems to us that the directors, unless restrained by parliament, or the deed, would have all the authority given to partners by the rules of the common law." Sien ook Montrose 1934:238.

9 (1857) 6 HL Cas 401 op 418-419 ingevolge Lord Wensleydale: "The Legislature then devised the plan of incorporating these companies...providing at the same time that all the world should have notice who were the persons authorized to bind all the shareholders, by requiring the copartnership deed to be registered, certified by the directors, and accessible to all persons, therefore, must take notice of the deed and the provisions of the Act. If they do not choose to acquaint themselves with the powers of the directors it is their own fault..."

hierdie beskouing foutief is aangesien regter Maule reeds vyf jaar vantevore die volgende stelling in *Smith v The Hull Glass Company*¹² gemaak het:

The statute 7 en 8 Vict c. 110, requires the deed of settlement to be registered, and that defines...the powers of the directors; and all persons who contract with the directors must be taken to be cognisant of the extent of the authority conferred upon them.¹³

'n Soortgelyke benadering as dié van regter Maule kan uit die uitspraak van regter Jervis in *Royal British Bank v Turquand*¹⁴ afgelei word, waar die regter die bestaan van die leerstuk van toegerekende kennis aanvoer as een van die redes vir die skepping van die *Turquand*-reël. Daar moet egter toegegee word dat die uitspraak van Lord Wensleydale in *Ernest v Nicholls*¹⁵ die eerste bewuste poging van die regsbank was om die leerstuk van toegerekende kennis te ontleed en met die nuwe geregistreerde maatskappyvorm in verband te bring.¹⁶

Daar is besef dat elke aandeelhouer nie soos in die geval by vennootskappe werklike of skynbare magtiging kon hê om die maatskappy te verteenwoordig nie.¹⁷ Wat die verteenwoordigingsbevoegdheids van direkteure betref, is daar egter met die vennootskapsanalogie gewerk, deurdadig direkteure se verteenwoordigingsbevoegdheid gelyk gestel is aan die gemeenregtelike bevoegdheid van vennote.¹⁸ Die verteenwoordigingsbevoegdheids van verteenwoordigers is as natuurlike uitvloeisel van ampsbekleding beskou.¹⁹ Direkteure kon egter nie toegelaat word om enige handeling binne die besigheidsfeer van die maatskappy te verrig nie, aangesien dit die aandeelhouders onbillik aan die besluite van die direksie sou

10 Montrose 1968:244; Campbell 1959:475; Gower 1957:153 voetnoot 65; *Mahoney v The East Holyford Mining Co (Ltd)* (1875) LR 7 HL Cas 869.

11 Oosthuizen 1976:15.

12 11 CB Rep 897.

13 *Smith v The Hull Glass Company* 8 CB Rep 668:927.

14 (1856) 6 E&B 327.

15 (1875) 6 HL Cas 401.

16 Oosthuizen 1976:15.

17 *Ernest v Nicholls* (1857) 6 HLC 401:420; 10 ER 1351:1359.

18 Sien die *dictum* van Wilde CJ in *Smith v Hull Glass Co* (1849) 8 CB 668:675: "At common law, one of several partners in a trading concern may bind all by a contract made within the scope of the matters relating to the partnership...It seems to us that the directors, unless restrained by the Act of Parliament or the deed would have all the authority given to partners by the rules of common Law." Vir 'n volledige bespreking van die invloed van die vennootskapsreg in hierdie verband, sien Paterson en Ednie 1962:183-184.

19 Oosthuizen 1976:19.

uitlewer. 'n Balans moes gevind word.²⁰ Dit is dan juis as gevolg van hierdie soeke na 'n balans dat die howe nie bereid was om die bevoegdhe van direkteure in alle opsigte aan dié van vennote gelyk te stel nie.²¹

Direkteursbevoegdhe is dus in die oprigtingsdokumente (wat geregistreer moes word en vir publieke insae beskikbaar was) van die maatskappy geskep. Die omvang van hierdie bevoegdhe sou dan in die openbare dokument ("deed of settlement") waar die buitestander die omvang daarvan kan vasstel, omskryf word. Indien die buitestander sou versuim om die omvang van die bevoegdhe vas te stel, kon dit doodeenvoudig aan hom toegereken word.²²

Artikels 7 en 8 van die *Joint Stock Companies Act* 1944 het voorsiening gemaak vir die registrasie van 'n "deed of settlement"²³ wat vir openbare insae beskikbaar moes wees. Uit die publisiteit wat aan hierdie dokumente verleen is, het die Engelse howe die leerstuk van toegerekende kennis ontwikkel.²⁴

In plaas daarvan om dus van die vennootskapsanalogie ontslae te raak, het die howe 'n nuwe leerstuk geskep (die leerstuk van toegerekende kennis) om die nodige balans te probeer skep. Die howe wou dus keer dat ongemagtigde verteenwoordigers (in hierdie geval direkteure) kontrakte namens 'n maatskappy sluit en die maatskappy dan aan hierdie ooreenkomste gebonde gehou sou word. Indien die direkteure se bevoegdhe dus beperk is in die akte en statute is kennis van hierdie beperkings dus aan derdes toegereken of hulle nou daarvan bewus was of nie. Dit is gedoen om beskerming aan die aandeelhouers van die maatskappy te bied. Hierdie saadjie wat egter deur die howe gesaai is, het tot 'n nare indringer ontwikkel wat eindelose probleme skep.²⁵ Daar bestaan vandag meer as ooit 'n

20 *In re Athenaeum Life Assurance Society; Ex Parte The Eagle Insurance Co* (1858) 4 K&J 549.

21 *Ernest v Nicholls* (1857) 6 HL Cas 401:419 *per* Lord Wensleydale: "...the directors can make no contract as to bind the whole body of shareholders, for whose protection the rules are made, unless they are strictly complied with."

22 Campbell 1959:475-476.

23 Die voorganger van die akte van oprigting en statute van 'n maatskappy.

24 Oosthuizen 1976:14; Pennington 1959:82. Daar is aangevoer dat hierdie dokumente "accessible to the public" is en dat hul inhoud "can be readily ascertained", sien *Brownett v Newton* 1941 64 CLR 439 op 445, waar regter Starke verwys na *Lindley on Companies*, 6de uitgawe 1902, volume 1, p. 350-351 en ook na *Moss Steamship Co Ltd v Whinney* 1912 AC 254 op 266.

25 Gower 1957:154: "It is to this unfortunate rule that most of the difficulties are due".

uiters groot behoefte dat die leerstuk van toegerekende kennis in die Suid-Afrikaanse reg afgeskaf moet word.²⁶

4. OMSKRYWING VAN DIE LEERSTUK VAN TOEGEREKENDE KENNIS

Die leerstuk van toegerekende kennis van die openbare dokumente van 'n maatskappy is onlosmaaklik gebonde aan die beginsel van openbaarmaking.²⁷ Dit is duidelik dat die beginsel van openbaarmaking die grondslag vorm van die leerstuk van toegerekende kennis.²⁸ Sekere inligting is vir die publiek toeganklik en gevolglik kan elkeen wat met die maatskappy onderhandel, geag ten volle op hoogte van die openbare dokumente te wees.

Die akte van oprigting en die statute is die belangrikste openbare dokumente. Niemand kan regsgeldig teenoor die maatskappy aanvoer dat hulle nie bewus was van beperkings wat in die akte of statute vervat is nie.²⁹ Indien die statute dus byvoorbeeld die bepaling bevat dat slegs die direksie bevoeg is om sekere kernbates te vervreem, of om die maatskappy se onroerende eiendom met 'n verband te verswaar, kan 'n buitestander hom nie daarop beroep dat 'n enkele direkteur voorgehou het dat hy wel die volmag gehad het om die handeling te verrig nie. Daar word derhalwe aanvaar dat voldoende publisiteit aan die beperkinge op die verteenwoordiger gegee is deurdat dit in die statute vervat is.

26 Du Plessis 1991:284; Grobler 1989:41-46; Sealy 1989:210; Hannigan 1987:178; McLennan 1986:560; Oosthuizen 1979:14.

27 Sealy 1981:55. Dit is nie 'n uitgemaakte saak welke dokumente as openbare dokumente kwalifiseer nie, die leerstuk stel dit as algemene reël dat openbare dokumente alle dokumente is wat by die registrateur vir openbare insae beskikbaar is. Dit is egter so dat die reël nie in praktyk ten opsigte van al hierdie dokumente toegepas word nie. Volgens Gower 1969:153-164 en Palmer 1968:242-243 behoort spesiale besluite en moontlik ook besonderhede van direkteure as spesiale besluite beskou te word. Oosthuizen 1976:160 voer aan dat slegs die volgende dokumente as openbare dokumente beskou behoort te word:

- a) die geregistreerde maatskappygrondwet;
- b) enige ander dokumente waarin die magte en bevoegdhede van maatskappyverteenwoordigers uiteengesit word, mits (i) 'n afskrif daarvan by die registrateur geregistreer is; (ii) dit vir openbare insae beskikbaar is; en (iii) die grondwet 'n verwysing na hierdie dokumente bevat.

Volgens Pretorius 1985:89 is die finansiële state van 'n maatskappy nie vir doeleindes van die leerstuk van toegerekende kennis openbare dokumente nie.

28 Fourie 1988:218-219; Oosthuizen 1976:210; Naudé 1971:506. Sien ook onder andere artikels 6, 59(1), 63(1) en 68(1) van Wet 61 van 1973.

29 Behalwe die uitsondering soos vervat in artikel 36 van Wet 61 van 1973.

Kennis van die inhoud van die dokumente word dus die derde toegereken bloot as gevolg van die feit dat publisiteit aan die dokumente verleen is. Dit is nie ter sake of die buitestander inderdaad bekend is met die inhoud van die dokumente nie.³⁰

Die leerstuk het slegs 'n negatiewe toepassing wat beteken dat die leerstuk nie positief kennis van die inhoud van die openbare dokumente aan 'n persoon toereken nie, maar dat die persoon geag word om tot sy nadeel kennis te dra van die inhoud van die maatskappy se openbare dokumente, al dra hy geen kennis daarvan nie.³¹

Die vraag wat dus na vore kom is of daar 'n verpligting op buitestandders rus om die openbare dokumente van maatskappye te bestudeer? Daar kon uit die uitspraak³² van hoofregter Jervis in *Royal British Bank v Turquand*³³ afgelei word dat persone wat met 'n maatskappy onderhandel, inderdaad verplig is om die openbare dokumente van 'n maatskappy te lees. Hierdie uitspraak van regter Jervis is in *Mine Workers' Union v Prinsloo* ondersoek.³⁴ Regter Greenberg skets die posisie as volg:

In Turquand's case when Jervis CJ, said that parties dealing with companies 'are bound to read the statute and the deed of settlement' all he meant was that they are bound by these documents, i.e. that these documents define the limits of contracts into which the companies can lawfully enter, and not that there was an obligation to read them.³⁵

Hierdie interpretasie, soos daargestel deur regter Greenberg, het tot gevolg dat 'n buitestander se versuim om die openbare dokumente te raadpleeg, vir die buitestander die gevolg inhou dat hy geag word kennis te hê van enige beperking op die volmag van die direkteure en op die vermoë van die maatskappy en nie sy goeie trou as verskoning kan aanvoer nie.³⁶

30 Oosthuizen 1979:3-4; Oosthuizen 1976:14.

31 Du Plessis 1991:300; McLennan 1979:342-344; Paterson en Ednie 1962:175; Campbell 1959:479; *Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd* 1964 2 QB 480; 1964 1 All ER 630.

32 *Royal British Bank v Turquand* (1856) 6 E&B 327:332: "We may now take for granted that the dealings with these companies are not like dealings with other partnerships, and that the parties dealing with them are bound to read the statute and the deed of settlement. But they are not bound to do more."

33 (1856) 6 E&B 327.

34 1948 3 SA 831 A.

35 *Mine Workers' Union v Prinsloo* 1948 3 SA 831 A:848.

36 Oosthuizen 1976:160-161; Campbell 1959: 473. Sien hoofstuk 8 vir 'n bespreking van die estoppelleerstuk.

Die buitestander sal nie suksesvol kan aanvoer dat die maatskappy teenoor hom die skyn gewek het dat die verteenwoordiger die nodige volmag gehad het, indien die bevoegdheids van die betrokke verteenwoordiger in die openbare dokumente van die maatskappy beperk word nie. Dit is dus nie moontlik dat die verwekte skyn in stryd met die inhoud van die openbare dokumente kan wees nie.³⁷ Die buitestander sal ook nie op die skynvolmag van 'n direkteur kan staatmaak, wat deur die openbare dokumente verwek word, indien die buitestander erken dat hy onbewus van die inhoud van die openbare dokumente was nie.³⁸

5. PRAKTIESE TOEPASSING VAN DIE LEERSTUK VAN TOEGEREKENDE KENNIS

Soos reeds genoem het die leerstuk van toegerekende kennis ontstaan vanweë die feit dat howe die verteenwoordigingsbevoegdheids van direkteure van maatskappye gelyk gestel het aan dié van vennote. Daar word deesdae nie meer met die vennootskapsanalogie gewerk nie, maar daar word algemeen aanvaar dat die direksie slegs oor daardie bevoegdheids beskik wat deur die wet, die maatskappykonstitusie of die maatskappy self verleen word³⁹ en is die leerstuk van toegerekende kennis met al sy belangrike implikasies vir die verteenwoordigingsreg behou.⁴⁰

Die leerstuk van toegerekende kennis het slegs negatiewe werking, met ander woorde dit geld slegs ten gunste van die maatskappy en kan nie deur die derde gebruik word om die maatskappy aanspreeklik te hou nie. Hierdie toepassing van die leerstuk van toegerekende kennis is meestal relevant by die optrede van buitengewone maatskappyverteenwoordigers.⁴¹ Du Plessis⁴² voer aan dat die rede wat aangevoer word vir die negatiewe werking van die leerstuk van toegerekende kennis die beskerming van die maatskappy teen onaanvaarbare groot risiko's van maatskappygebondenheid weens die optrede van buitengewone maatskappyverteenwoordigers is. Dié oogmerk word nie bereik nie. Die negatiewe werking van die leerstuk van toegerekende kennis het bloot tot gevolg dat die

37 Du Plessis 1991:289-290; Fourie 1988:219; Oosthuizen 1976:23.

38 Hahlo 1952:415.

39 Oosthuizen 1979:5; Oosthuizen 1976:26; Campbell 1959:476.

40 Oosthuizen 1979:5; Oosthuizen 1976:26; Campbell 1959:476.

41 Sien hoofstuk 2 vir 'n bespreking van die verskillende tipes maatskappyverteenwoordigers.

werking van die *Turquand*-reël onnodiglik ingeperk word.⁴³ Die toepassing van die *Turquand*-reël in hierdie omstandighede sal nie oewerlose aanspreeklikheid vir maatskappye tot gevolg hê nie, aangesien die aanwendingsgebied van die *Turquand*-reël alreeds in sekere omstandighede beperk word.⁴⁴

6. VERBAND TUSSEN BEGINSELS EN REËLS

Daar is alreeds aangetoon dat die leerstuk van toegerekende kennis die *ultra vires*-leerstuk aanvul.⁴⁵ Die leerstuk van toegerekende kennis word op sy beurt deur die werking van die *Turquand*-reël beïnvloed.⁴⁶ Geeneen van bogenoemde beginsels doen afbreuk aan die feit dat die leerstuk van estoppel steeds in bepaalde gevalle aanwending mag vind nie.⁴⁷

Die leerstuk van toegerekende kennis verhoed ook nie die maatskappy om enige handeling deur sy verteenwoordigers, waar volmag ontbreek, te ratifiseer nie.⁴⁸

7. DIE LEERSTUK VAN TOEGEREKENE KENNIS EN DIE GRONDWET⁴⁹

7.1 Inleiding

Die leerstuk van toegerekende kennis bepaal dat kennis van die inhoud van die dokumente aan 'n derde toegereken word bloot as gevolg van die feit dat publisiteit aan die dokumente verleen is. Dit is nie ter sake of die buitestander bekend is met, of inderdaad die inhoud van die dokumente verstaan nie.⁵⁰

'n Persoon word dus tot sy eie nadeel kennis van bepaalde dokumente toegereken bloot op grond van die feit dat hierdie dokumente by die Registrateur van

42 1991:300.

43 McLennan 1997:336; Du Plessis 1993:176.

44 Sien hoofstuk 7 paragraaf 5 vir 'n bespreking van die afbakening van die toepassingsveld van die *Turquand*-Reël.

45 Sien hoofstuk 6.

46 Sien hoofstuk 7.

47 Sien Du Plessis 1991:289-290; Du Plessis 1990:795-796; Fourie 1988:218-219.

48 Cilliers *et al* 2000:191. Vir 'n volledige bespreking van ratifikasie, sien Gibson 1997:214-218; Kerr 1991:92-111; Joubert 1979:141-167.

49 Wet 108 van 1996.

50 Oosthuizen 1979:3-4; Oosthuizen 1976:14.

Maatskappye ingedien is en by daardie kantoor vir insae beskikbaar is. Daar moet toegegee word dat dié leerstuk slegs 'n bestaansreg kan hê indien die inligting werklik vir derde partye toeganklik is. Is dit prakties en ekonomies moontlik vir 'n derde, om voordat elke transaksie met 'n maatskappy gesluit word, die openbare dokumente van 'n maatskappy te ondersoek?

Veronderstel egter dat dit prakties en ekonomies moontlik sou wees om voor enige handeling met 'n maatskappy die openbare dokumente onder oë te neem. Openbare dokumente word slegs in Afrikaans of Engels by die Registrateur ingedien. Daar is 11 amptelike landstale⁵¹ in Suid-Afrika wat almal beskerming ingevolge die Grondwet⁵² geniet. Die vraag wat ontstaan is of 'n persoon wat nie Afrikaans of Engels magtig is nie, kennis van dokumente in daardie tale toegereken kan word? Indien dit wel die geval is, blyk dit 'n onhoudbare en ongrondwetlike situasie te wees, aangesien daar inbreuk gemaak word op die reg op gelykheid (artikel 9) wat in die Handves van Regte⁵³ vervat word.

7.2 Artikel 9⁵⁴

Artikel 9 lees soos volg:

- (1) Elkeen is gelyk voor die reg en het die reg op gelyke beskerming en voordeel van die reg.

51 Artikels 6(1)-6(4) lees as volg:

“(1) Die amptelike tale van die Republiek is Sesotho sa Leboa, Sesotho, Setswana, siSwati, Tshivenda, Xitsonga, Afrikaans, English, isiNdebele, isiXhosa en isiZulu.

(2) Gesien die historiese inkorting van die gebruik en status van die inheemse tale van ons mense, moet die staat praktiese en daadwerklike maatreëls tref om die status van dié tale te verhoog en hul gebruik te bevorder.

(3) (a) Die nasionale regering en provinsiale regerings kan enige bepaalde amptelike tale vir regeringsdoeleindes aanwend, met inagneming van gebruik, doenlikheid, koste, streeksomstandighede en die ewewig van die behoeftes en voorkeure van die bevolking as geheel of in die betrokke provinsie; maar die nasionale regering en elke provinsiale regering moet minstens twee amptelike tale gebruik.

(b) Munisipaliteite moet die taalgebruike en -voorkeure van hul inwoners in aanmerking neem.

(4) Die nasionale regering en provinsiale regerings moet deur wetgewende en ander maatreëls hul gebruik van amptelike tale reël en monitor. Sonder afbreuk aan die bepalings van subartikel (2) moet alle tale gelykheid van aansien geniet en billik behandel word.”

52 Wet 108 van 1996.

53 Hoofstuk 2 van Wet 108 van 1996.

54 Sien Currie en De Waal 2005:230-271; Devenish 2005:53-55; Rautenbach en Malberbe 2004:329-332; Carpenter 2001:409-422; Carpenter 2001a:619-642; Carpenter 2002:37-58 vir 'n volledige bespreking van die reg op gelykheid.

- (2) Gelykheid sluit die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in. Ten einde die bereiking van gelykheid te bevorder, kan wetgewende en ander maatreëls getref word wat ontwerp is vir die beskerming en ontwikkeling van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is.
- (3) Die staat mag nie regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand diskrimineer op een of meer gronde nie, met inbegrip van ras, geslagtelikheid, geslag, swangerskap, huwelikstaat, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele georiënteerdheid, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, oortuiging, kultuur, taal en geboorte.
- (4) Geen persoon mag regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand op een of meer gronde ingevolge subartikel (3) diskrimineer nie. Nasionale wetgewing moet verorden word om onbillike diskriminasie te voorkom of te belet.
- (5) Diskriminasie op een of meer van die gronde in subartikel (3) vermeld, is onbillik, tensy daar vasgestel word dat die diskriminasie billik is.

Daar het sedert 1993 in Suid-Afrika 'n toets vir die bepaling of die reg op gelykheid geskend is, ontwikkel.⁵⁵ Hierdie ontwikkeling het plaasgevind as gevolg van 'n groot aantal beslissings wat oor hierdie reg gehandel het.⁵⁶ Dit val buite die bestek van hierdie werk om die ontwikkeling en presiese aard van hierdie toets te bespreek.⁵⁷

55 Currie en De Waal 2005:234-235.

56 *Minister of Finance v Van Heerden* 2004 6 SA 121 CC; *Prince v President, Cape Law Society* 2002 2 SA 794 CC; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1999 1 SA 6 CC; *Harksen v Lane NO* 1998 1 SA 300 CC; *President of the Republic of South Africa v Hugo* 1997 4 SA 1 CC.

57 Die Grondwethof het in *Harksen v Lane NO* 1998 1 SA 300 CC die gelykheidstoets gefinaliseer. Sien Carpenter 2001a:633-640 vir 'n bespreking van hierdie beslissing. Die toets (gewysig ingevolge die 1996 *Grondwet*) soos daargestel in *Harksen v Lane* word in Currie en De Waal 2005:235 as volg vervat:

“(a) Does the challenged law or conduct differentiate between people or categories of people? If so, does the differentiation bear a rational connection to a legitimate government purpose? If it does not, then there is a violation of s 9(1). Even if it does bear a rational connection, it might nevertheless amount to discrimination.

(b) Does the differentiation amount to unfair discrimination? This requires a two-stage analysis:

(i) Firstly, does the differentiation amount to ‘discrimination’? If it is on a specified ground, then discrimination will have been established. If it is not on a specified ground, then whether or not there is discrimination will depend upon whether, objectively, the ground is based on attributes and characteristics that have the potential to impair the fundamental human dignity of persons as human beings or to affect them adversely in a comparably serious manner.

(ii) If the differentiation amounts to ‘discrimination’, does it amount to ‘unfair discrimination’? If it has been found to have been on a specified ground, then unfairness will be presumed. If on an unspecified ground, unfairness will have to be established by the complainant. The test of unfairness focuses primarily on the impact of the discrimination on the complainant and others in his or her situation. If at the end of this stage of the enquiry, the differentiation

Daar sal egter volstaan word met die feit dat indien daar differensiasie op grond van een van die gelyste gronde⁵⁸ plaasvind, dit vermoed word dat daardie differensiasie onbillike diskriminasie tot gevolg het totdat die teendeel bewys word.⁵⁹ Taal is een van die gelyste gronde in artikel 9 en daarom sal hierdie vermoede ook in hierdie geval van toepassing wees. Taal is as gelyste grond aangedui om die regte vervat in artikels 30 en 31 te versterk.⁶⁰ Daar kan ook aangevoer dat daar op nog 'n gelyste grond gediskrimineer word, naamlik ras.⁶¹ Die twee tale waarin dokumente geopenbaar word is albei Westers van oorsprong, terwyl dokumente nie in al nege die ander tradisioneel "inheemse" of "swart" tale geopenbaar word nie. Lede van die swart bevolking kan dus aanvoer dat daar indirek teen hulle op grond van ras gediskrimineer word, aangesien daar ontoeganklike kennis aan hulle toegereken word, terwyl die kennis vir die grootste gedeelte van die wit en bruin bevolking wel toeganklik is. Hierdie blatante onbillikheid sal uiters moeilik regverdigbaar wees in 'n oop en demokratiese samelewing ingevolge artikel 36⁶² van die *Grondwet*.⁶³

is found not to be unfair, then there will be no violation of s 9(3) and (4).

(c) If the discrimination is found to be unfair then a determination will have to be made as to whether the provision can be justified under the limitation clause."

58 Een van die gronde soos gelys in artikel 9(3).

59 Currie en De Waal 2005:248; Devenish 2005:53-55. Sien ook *Harksen v Lane NO* 1998 1 SA 300 CC.

60 Currie en De Waal 2005:248; Devenish 2005:53-55.

61 Sien Currie en De Waal 2005:249-250 vir 'n gedetailleerde bespreking van hierdie gelyste grond. Sien ook *Fourie v Minister of Home Affairs* 2005 3 BCLR 241 SCA paragraaf 7 *per* Cameron JA: "What was unique about apartheid was not that it involved racial humiliation and disadvantage – for recent European history has afforded more obliterating realisations of racism – but the fact that its iniquities were enshrined in law. More than anywhere else, apartheid enacted racism through minute elaboration in systemised legal regulation. As a result, the dogma of race infected not only our national life but the practice of law and our courts' jurisprudence at every level." Daar kan nie aangevoer word dat die leerstuk van toegerekende kennis enigsins met die oog op rassediskriminasie ontwikkel is nie. Die toepassing van die leerstuk mag egter wel in 'n moderne nie-rassige Suid-Afrika tot gevolg hê dat daar inderdaad op grond van ras teen die Sesotho sa Leboa, Sesotho, Setswana, siSwati, Tshivenda, Xitsonga, isiNdebele, isiXhosa en isiZulu moedertaalsprekers wat nie Afrikaans of Engels magtig is nie, gediskrimineer word, deurdat ontoeganklike en onverstaanbare kennis aan hulle toegereken word.

62 Sien Currie en De Waal 2005:163-186 vir 'n volledige bespreking van die werking van artikel 36.

63 Wet 108 van 1996.

7.3 Artikel 36 (beperkingsklousule)⁶⁴

Artikel 36 lees soos volg:

36. (1) Die regte in die Handves van Regte kan slegs kragtens 'n algemeen geldende regsvoorskrif beperk word in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, met inagneming van alle tersaaklike faktore, met inbegrip van –
- (a) die aard van die reg;
 - (b) die belangrikheid van die doel van die beperking;
 - (c) die aard en omvang van die beperking;
 - (d) die verband tussen die beperking en die doel daarvan; en
 - (e) 'n minder beperkende wyse om die doel te bereik.
- (2) Behalwe soos in subartikel (1) of in enige ander bepaling van die Grondwet bepaal, mag geen regsvoorskrifte enige reg wat in die Handves van Regte verskans is, beperk nie.

Die regte wat in die Handves vervat is, is nie absoluut nie. Dit is moontlik om hierdie regte met behulp van artikel 36 te beperk.⁶⁵ Indien daar dus bevind word dat 'n reg geskend is, kan hierdie skending met behulp van artikel 36 geregverdig word. Soos reeds genoem bevat artikel 36 die riglyne waarvolgens 'n reg beperk kan word. 'n Volledige bespreking van die proses,⁶⁶ sowel as die riglyne⁶⁷ wat gevolg moet word by die beperking van 'n reg, val buite die bestek van hierdie werk. Daar sal volstaan word met die volgende: 'n Reg vervat in die Handves word nie maklik beperk nie; 'n reg word byvoorbeeld nie bloot beperk omdat dit in die openbare belang is om dit te doen nie. Indien dit gedoen kon word sou daar bitter weinig nut daarin gewees het om spesifieke regte in die Grondwet⁶⁸ te verskans.⁶⁹ Daar is in die verlede aangevoer dat 'n reg slegs beperk mag word indien dit as dwingend noodsaaklik deur die meeste mense beskou sou word.⁷⁰ Verder sou die beperking van die reg

64 Sien Currie en De Waal 2005:163-186; Devenish 2005:179-185; Rautenbach 2001:617-641 vir 'n volledige bespreking van hierdie artikel.

65 Artikel 36 is slegs van toepassing op die beperking van regte wat in die Handves vervat is, en nie regte wat elders in die Grondwet verleen word nie. Sien paragraaf 35 in *Van Rooyen v S (General Council of the Bar of South Africa Intervening)* 2002 5 SA 246 CC.

66 Sien Currie en De Waal 2005:165-168 vir 'n bespreking van die proses waarvolgens regte ingevolge artikel 36 beperk kan word.

67 Sien Currie en De Waal 2005:168-185 vir 'n volledige bespreking van die riglyne vir die beperking van 'n reg wat deur artikel 36 gestel word.

68 Wet 108 van 1996.

69 Sien Currie en De Waal 2005:164, voetnoot 2.

70 Meyerson 1997:36-43.

slegs toegelaat word indien die beperking 'n sekere doel of oogmerk gedien het wat op geen ander realistiese wyse bereik kon word nie, behalwe deur middel van die beperking van die reg nie.⁷¹

Hierdie siening is egter as “te rigied” deur die Konstitusionele Hof in *S v Makwanyane*⁷² bevind. Indien die uitspraak in *S v Makwanyane*⁷³ aangaande proportionaliteit bestudeer word blyk dit dat die Konstitusionele Hof wegstroom van 'n enkele allesomvattende toets en dat die toets van “dwingende noodsaaklikheid” dalk te streng mag wees. Die Konstitusionele Hof bepaal dat daar eerder op 'n kasuïstiese wyse te werk gegaan moet word. Die hof bevind verder dat die toepassing van elke reg 'n ander implikasie vir 'n oop en demokratiese samelewing mag hê. Juis as gevolg van hierdie feit bevind die hof dat daar nie een enkele toets of standaard vir die regverdigbaarheid van regskenings daargestel kan word nie.

Die Hof bepaal dat daar 'n afweging van teenstrydige belange moet plaasvind. By die afweging van hierdie teenstrydige belange moet die hof sekere faktore in ag neem, naamlik: die aard van die reg wat beperk word, en die belangrikheid van die reg in 'n oop en demokratiese samelewing; die doel waarvoor die reg beperk word en die belang van die uiteindelijke vervulling van die doel vir die samelewing; die omvang en doeltreffendheid van die beperking en of die doel van die beperking nie deur minder beperkende maatreëls bereik kan word.

71 Sien paragraaf 32 in *S v Manamela* 2000 3 SA 1 CC. Sien ook Currie en De Waal 2005:164.

72 *S v Makwanyane* 1995 (3) SA 391 (CC); 1995 (6) BCLR (CC).

73 Op paragraaf 104: “The limitation of constitutional rights for a purpose that is reasonable and necessary in a democratic society involves the weighing up of competing values, and ultimately an assessment based on proportionality. This is implicit in the provisions of section 33(1)[IC]. The fact that different rights have different implications for democracy, and in the case of our Constitution, for an ‘open and democratic society based on freedom and equality’, means that there is no absolute standard which can be laid down for determining reasonableness and necessity. Principles can be established, but the application of those principles to particular circumstances can only be done on a case-by-case basis. This is inherent in the requirement of proportionality, which calls for the balancing of different interests. In the balancing process, the relevant considerations will include the nature of the right that is limited, and its importance to an open and democratic society based on freedom and equality; the purpose for which the right is limited and the importance of that purpose to such society; the extent of the limitation, its efficacy, and particularly where the limitation has to be necessary, whether the desired ends could reasonably be achieved through other means less damaging to the right in question. In the process regard must be had to the provisions of s 33(1)[IC], and the underlying values of the Constitution, bearing in mind that as a Canadian Judge has said, ‘the role of the Court is not to second-guess the wisdom of policy choices made by legislators’.”

Indien bogenoemde belange afweging in die onderhawige geval gedoen word is dit duidelik dat die taalregte van elke individu in Suid-Afrika beskerm en gerespekteer moet word, veral in die lig van die diskriminasie wat in die verlede in hierdie verband plaasgevind het. Dit is egter so dat die taalregte van elke individu nie absoluut is nie. Die grootste enkele probleem waarmee 'n reverdigingsargument in hierdie geval gekonfronteer sal word is die feit dat daar geen verklaarbare doel gedien word deur die leerstuk van toegerekende kennis in die Suid-Afrikaanse Maatskappyereg nie.

Die regskenings wat die werking van die leerstuk van toegerekende kennis tot gevolg het, sal nie ingevolge artikel 36 gekondoneer kan word nie. Die leerstuk van toegerekende kennis dien geen doel in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg nie. Indien dit egter wel bewys sou kon word dat die leerstuk inderdaad 'n doel dien, doen die vraag homself voor of hierdie doel op geen ander realistiese wyse bereik word nie? Die antwoord op hierdie vraag behoort 'n oorverdowende "Nee!" te wees, veral in die lig daarvan dat die leerstuk van toegerekende kennis alreeds in ander jurisdiksies afgeskaf is,⁷⁴ en weens die feit dat daar weggedoen is met die vennootskapsanalogie in Suid-Afrika wat allerweë as die *ratio* vir die skepping van die leerstuk beskou is.⁷⁵

8. REGSVERGELYKENDE BLIK

8.1 Posisie in Engeland

Die leerstuk van toegerekende kennis is in Engeland in effek deur wetgewing afgeskaf.⁷⁶ Die howe het uiting gegee aan die statutêre bepaling en die regter beslis soos volg met verwysing na die leerstuk van toegerekende kennis in *TCB Ltd v Gray*.⁷⁷

It being the obvious purpose of the section to obviate the commercial inconvenience and frequent injustice caused by the old law, I approach the construction of the

74 Sien paragraaf 8.

75 Oosthuizen 1979:5; Oosthuizen 1976:26; Campbell 1959:476.

76 *Companies Act* 1985 artikel 35. Vir 'n volledige bespreking van die voorgeskiedenis van hierdie artikel sien hoofstuk 6. Artikel 35 van die *Companies Act* van 1985 is vervang deur artikel 35 van die *Companies Act* van 1989. Artikel 35 van die 1989 *Companies Act* is op sy beurt deur artikels 39 en 40 van die *Companies Act* van 2006 vervang. Die *status quo* met betrekking tot die leerstuk van toegerekende kennis word egter in die nuwe wetgewing gehandhaaf. Sien hoofstuk 6 vir 'n volledige bespreking van artikels 39 en 40 van die *Companies Act* van 2006.

77 1986 1 All ER 587 Ch.

section with a great reluctance to construe it in such a way as to reintroduce, through the back door, any requirement that a third party acting in good faith must still investigate the regulating documents of a company.

Die leerstuk van toegerekende kennis is dus *pro tanto* deur artikel 9(1) van die *European Communities Act*⁷⁸ afgeskaf deurdat die derde se beskerming onderhewig aan sy *bona fides* gestel word.⁷⁹

8.2 Posisie in die VSA

Alhoewel die Engelse maatskappyereg die ontwikkeling van die Amerikaanse maatskappyereg aanvanklik sterk beïnvloed het, is die leerstuk van toegerekende kennis nooit in die Amerikaanse reg oorgeneem nie en was dit gevolglik nie vir die wetgewer nodig om dit formeel af te skaf nie. Die rede hiervoor is dat daar van meet af aan nie van die vennootskapsanalogie gebruik gemaak is nie. Die maatskappykonstitusie is as die bron van die bevoegdhede van die direksie gesien.⁸⁰

8.3 Posisie in Australië

Die gemeenregtelike leerstuk van toegerekende kennis is afgeskaf deur artikel 165 van die *Corporations Law* van 1989.⁸¹ Hierdie artikel bepaal dat kennis van die openbare dokumente van die maatskappy nie aan derdes toegereken kan word nie. Die leerstuk van toegerekende kennis is egter steeds in een uitsonderingsgeval van toepassing en dit is in die geval soos beoog in artikel 165(2) wat te make het met “registrable charges”. Die *ratio* agter die afskaffing van die leerstuk van toegerekende kennis was dat dit die werking van die “indoor management rule”⁸² onnodiglik en op ’n onaanvaarbare wyse ingeperk het.⁸³ Artikel 165 is byna woordeliks in die

78 1972.

79 Oosthuizen 1976:141 voetnoot 13.

80 Oosthuizen 1976:427. Sien ook die regsvergelende bespreking in hoofstuk 7.

81 Die leerstuk van toegerekende kennis is alreeds ten tyde van die *Co-operative Scheme* afgeskaf (artikel 68C), sien Lipton en Herzberg 1988:71, 73-74. Die *Co-operative Scheme* was die voorganger van die *Corporations Act* van 1989. Voor 1989 het elke staat in Australië oor sy eie maatskappywetgewing beskik en is die maatskappyereg op ’n federale grondslag bedryf. Daar is egter met die *Co-operative Scheme* gepoog om groter eenvormigheid in die Australiese maatskappyereg te bewerkstellig. Vir ’n volledige bespreking van die ontwikkeling van die Australiese maatskappyereg, sien Tomasic *et al* 1992:15-22.

82 Of te wel die werking van die leerstuk soos vervat in die saak van *Royal British Bank v Turquand* (1856) 6 E&B 327.

83 Burnett 1996:65; Lipton en Herzberg 1988:73.

Corporations Act van 2001 oorgeneem en word in artikel 130⁸⁴ van hierdie wet vervat.

Daar kon egter sekere aannames gemaak word aangaande die geldigheid van sekere maatskappydokumente ingevolge artikel 164. Hierdie aannames kan kortliks soos volg saamgevat word:

- a) Dat daar te alle tye aan die bepalings van die akte en statute van die maatskappy voldoen is.
- b) Dat 'n dokument behoorlik deur die maatskappy geseël is indien dit op die oog af die maatskappy se seël bevat en die handtekening van twee persone. Die een handtekening moet 'n handtekening wees van 'n persoon wat na bewering 'n direkteur van die maatskappy is, terwyl die ander handtekening dié van 'n persoon moet wees wat na bewering die sekretaris of ook 'n direkteur van die maatskappy is. (In die geval van 'n maatskappy wat slegs 'n enkele direkteur het, moet die handtekening dié van 'n persoon wees wat na bewering die enigste direkteur en sekretaris van die maatskappy is).⁸⁵

9. GEVOLGTREKKING EN AANBEVELINGS

Dit is 'n ongelukkige toedrag van sake dat die leerstuk van toegerekende kennis so sterk wortel geskied het in die Suid-Afrikaanse reg.⁸⁶ Alhoewel die vennootskapsanalogie (wat soos reeds aangedui die *ratio* vir die skepping van die reël was) alreeds laat vaar is,⁸⁷ het die leerstuk van toegerekende kennis steeds 'n verstikkende effek op die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg.

In die eerste plek beïnvloed die leerstuk die verhouding tussen die maatskappy en die derde party met wie gekontrakteer word. Indien die bevoegdheids van die verteenwoordiger van die maatskappy in die akte of statute beperk word, kan die

84 *Corporations Act* van 2001 artikel 130:

“(1) A person is not taken to have information about a company merely because the information is available to the public from ASIC.

(2) Subsection (1) does not apply in relation to a document that has been lodged with ASIC to the extent that the document relates to a charge that is registrable under this Act.”

85 Artikel 164(3).

86 Hierdie leerstuk is alreeds in die jurisdiksie waar dit geskep is (Engeland) en ook in Australië tot niet gemaak, die leerstuk staan egter steeds sterk in Suid-Afrika.

verteenwoordiger dus nie geldige regshandelinge namens die maatskappy aangaan nie.⁸⁸ Die derde kan nie aanvoer dat die maatskappy die skyn verwek het dat die verteenwoordiger oor die nodige volmag beskik het en hom dus op die estoppelleerstuk beroep nie.⁸⁹ Beskerming in terme van die *Turquand*-reël is ook nie vir die derde beskikbaar nie.⁹⁰

Tweedens beïnvloed die leerstuk die verhouding tussen die derde en die betrokke verteenwoordiger van die maatskappy. Die derde kan gewoonlik die verteenwoordiger persoonlik aanspreeklik hou op grond van die verbreking van die sogenaamde stilswyende waarborg van volmag.⁹¹ Die kennis wat aan die derde toegereken word ontsenu egter sy beroep op die stilswyende waarborg van die verteenwoordiger.⁹²

Derdens lei die leerstuk van toegerekende kennis verder tot een van die mees onbevredigende aspekte van die werking van artikel 36 en dit is dat die derde se goeie of kwade trou geen effek het op sy beskerming wat hy ingevolge die artikel geniet nie.⁹³

Indien al die bogenoemde punte van kritiek in ag geneem word saam met die feit dat die leerstuk moontlik ongrondwetlik⁹⁴ mag wees, blyk dit duidelik dat die tyd ryp geword het om hierdie indringer met wortel en tak in die Suid-Afrikaanse reg uit te roei.⁹⁵ Die enigste oplossing blyk die statutêre afskaffing van die leerstuk te wees.⁹⁶

87 Oosthuizen 1979:5; Oosthuizen 1976:26; Campbell 1959:476.

88 Die maatskappy kan egter hierdie onregmatige optrede ratifiseer.

89 Aangesien kennis aan die derde toegereken word, kan hy nie daarin slaag om aan te toon dat hy inderdaad deur die optrede mislei is nie.

90 Du Plessis 1993:176. Sien ook hoofstuk 7.

91 *Blower v Van Noorden* 1909 TS 809; *Peak Lode Gold Mining Co Ltd v Union Government* 1932 TPD 48; *Nebendahl v Shroeder* 1937 SWA 48; *Calder-Potts v McMillan* 1956 3 SA 360 OK; *Ncqula v Muller's Book Shop* 1960 4 SA 300 OK. Sien ook Joubert 1969:109.

92 Joubert 1979:121; Hahlo 1977:494. Die derde kan egter die verteenwoordiger aanspreeklik hou indien hy uitdruklik waarborg dat hy oor die nodige volmag beskik of indien hy op 'n bedrieglike wyse voorgee dat hy inderdaad oor die nodige volmag beskik. *Wiley v African Realty Trust Ltd* 1908 TH 104.

93 Oosthuizen 1976:138. Sien ook hoofstuk 6.

94 Sien paragraaf 7 vir 'n bespreking van die grondwetlikheid van die leerstuk van toegerekende kennis.

95 Vir ondersteuning van hierdie standpunt, sien McLennan 1997:336; Du Plessis 1993:176; Oosthuizen 1979:14; Gower 1961:artikel 141.

96 Vir verdere bespreking van die statutêre ingryp wat voorgestel word, sien hoofstuk 6. Daar moet met respek van Oosthuizen 1979:14 verskil word waar hy voorstel dat die leerstuk van toegerekende kennis afgeskaf word en met 'n weerlegbare vermoede vervang word waar ten gunste van die maatskappy vermoed word dat die derde bewus was van die geregistreerde maatskappygrondwet. Die algehele afskaffing van hierdie leerstuk is die enigste werkbare oplossing.

HOOFSTUK 6

ULTRA VIRES-LEERSTUK

1. DOELWIT EN WERKSWYSE

Die doel van hierdie hoofstuk is om die ontwikkeling en werking van die *ultra vires*-leerstuk in Suid-Afrika, Engeland, die VSA en Australië te bestudeer. Dit sal uit die studie blyk dat die toepassing van hierdie leerstuk gelei het tot probleme in elke jurisdiksie waar dit toegelaat is om wortel te skiet. Daar sal voorstelle gemaak word aangaande die toekoms van hierdie leerstuk in die Suid-Afrikaanse reg.

Die grondslag van die *ultra vires*-leerstuk word eerstens bestudeer, waarna die regskrag van *ultra vires*-handelinge nagevors sal word. Derdens word daar na kritiek op die *ultra vires*-leerstuk gekyk. Kommissies van ondersoek se bevindings aangaande die toepassing van die leerstuk word in die vierde plek bespreek, waarna die impak van statutêre bepalings op die leerstuk bestudeer word. Siesdens word 'n regsvergelende studie na die posisies in Engeland, die VSA en Australië onderneem. Laastens word daar sekere aanbevelings aangaande die toekoms van hierdie leerstuk in Suid-Afrika gemaak.

2. INLEIDING

Die Engelsregtelike *ultra vires*¹-leerstuk is gebaseer op die analogie van die maatskappy wat deur 'n eie wet tot stand gebring is.² 'n Statutêre maatskappy bestaan slegs vir die doel waarvoor sy skeppende statuut hom tot stand gebring het. Dit is gevolglik slegs by magte om handelinge te verrig waartoe dit gemagtig is.³ Hieruit word daar dan afgelei dat 'n maatskappy, ingelyf ingevolge 'n algemeen magtigende wet soos die *Maatskappywet* 61 van 1973, slegs by magte is om

1 Letterlik "buite die bevoegdheid".

2 Cilliers *et al* 1992:175.

3 Schaeftler 1983:81. Sien ook *De Villiers v Pretoria Municipality* 1912 TPD 626:645: "A statutory corporation established for a particular purpose has no power, qua corporation, outside the sphere of activity expressly or impliedly prescribed for it by the Legislature. Its acts outside those limits are therefore void, not so much because the Legislature has prohibited them, as because the power which it conferred upon the being it has created, do not extend to them. For the purpose of such act the corporate persona is in fact non-existent."

handelinge te verrig ten einde die doelstelling te verrig waarvoor dit ingelyf is.⁴ Die akte en statute vorm 'n kontrak⁵ tussen die maatskappy en 'n lid, sowel as tussen die lede onderling, gevolglik kan 'n lid, in sy hoedanigheid as lid, die maatskappy verplig om hom te hou aan sy verklaarde doelstellings.⁶

3. GRONDSLAG VAN DIE *ULTRA VIRES*-LEERSTUK

Daar word soms beweer dat die doel van die *ultra vires*-leerstuk die beskerming van beleggers en krediteure is.⁷ Indien die situasie egter van naderby bekyk word blyk dit nie die geval te wees nie.⁸ Benadé⁹ vat die posisie gepas soos volg saam:

Dat aandeelhouers en krediteure van die maatskappy moontlik 'n mate van beskerming geniet omdat die fondse van daardie maatskappy net vir voorafaangekondigde doeleindes aangewend sal word, is maar net 'n gevolg van die toepassing van die *ultra vires*-leerstuk. Dit is beslis nie, soos dit dikwels gestel word, die rede vir die regsreël wat die leerstuk ten grondslag lê nie.

Die grondslag van die leerstuk moet eerder gesoek word in die gebrek aan onderskeid wat getref word tussen maatskappye ingelyf ingevolge 'n eie wet en maatskappye ingelyf ingevolge 'n algemeen geldende wet.

4 *Hompes v Beaumont Estate Co Ltd* 1903 TS 223:227 per hoofregter Innes: "A statutory corporation created by Act of Parliament for a particular purpose, is limited as to all its power, by the purposes of its incorporation as defined in that Act...[All] companies incorporated by virtue of the Companies Act...appear to me to be statutory corporations within this principle...The memorandum...is their fundamental...law; and they are incorporated only for the objects and purposes expressed in the memorandum." *Ashbury Railway Carriage & Iron Co v Riche* (1875) LR 7 HL 653:668 per Lord Cairns en en *Ashbury Railway Carriage & Iron Co v Riche* (1875) LR 7 HL 653:693 per Lord Selborne. Sien ook Schaeftler 1983:81-82.

5 In *De Villiers v Jacobsdal Saltworks* 1959 3 SA 873 O is beslis dat die statute 'n kontrak tussen die maatskappy en 'n lid daarstel, slegs in sy hoedanigheid as lid. Dit spreek duidelik uit die Engelse beslissing van *Eley v Positive Government Security Life Assurance Co* (1876) 1 EXD 88 dat die kontrak tussen die maatskappy en sy lede slegs op die lid in sy hoedanigheid as lid betrekking het. In die betrokke saak het die statute bepaal dat Eley, wat lid van die maatskappy was, ook die prokureur van die maatskappy sou wees. Toe sy dienste beëindig is, het Eley deur 'n beroep op die statute van die maatskappy skadevergoeding op grond van kontrakbreuk van die maatskappy geëis. Die hof het beslis dat Eley in sy hoedanigheid as prokureur geen kontraktuele regte uit die statute verwerf nie.

6 Wet 61 van 1973 artikel 65(2).

7 Schaeftler 1983:81: "The judicially-created doctrine of *ultra vires* evolved as a mechanism for the protection of shareholder interests." Gower 1992:161; Palmer 1968:73. Sien ook *Ashbury Railway Carriage and Iron Co v Riche* 1875 LR 7 HL 653.

8 Benade 1964:49.

9 Benade 1964:52.

Dit is so dat beskerming wel vir beleggers vanuit die toepassing van die *ultra vires*-leerstuk voortgevloei het. Dit was veral so toe daar deur wetgewing streng beperkings opgelê is aangaande die wysiging van doelstellings deur die maatskappy. Die verslapping van die bepalings rondom die wysiging van die doelstellings van maatskappye, sowel as die breë formulering van doelstellings (met onbeperkte aanvullende doelstellings) vir maatskappye wat toegelaat word,¹⁰ het bogenoemde beskerming tot 'n groot mate uitgewis.

'n Voorbeeld van so 'n breë formulering van 'n doelstelling is te vinde in *Bell Houses Ltd v City Wall Properties Ltd*¹¹ waar die volgende klousule in die akte opgeneem is:

To carry on any other trade or business whatsoever which can, in the opinion of the board of directors, be advantageously carried on by the company in connection with or as ancillary to...the general business of the company.

Op appèl bevind die hof dat enige besigheid wat eerlik binne die subjektiewe opinie van die direksie tot voordeel of aanvullend tot die maatskappy se besigheid sal wees, inderdaad *intra vires* sal wees. Die posisie word soos volg deur regter Salmon saamgevat:¹²

It may be that the directors take the wrong view and in fact the business in question cannot be carried on as the directors believe; but it matters not how mistaken the directors may be. Providing they form their view honestly, the business is within the...company's objects and powers.

Verskeie skrywers glo dat die breë formulering van doelstellingsklousules die *ultra vires*-leerstuk "finaal die nekslag toegedien het".¹³ Daar moet egter in gedagte gehou word dat alhoewel die trefwydte van die *ultra vires*-leerstuk drasties deur die Wet ingekort is, die leerstuk egter nie deur die betrokke wet afgeskaf is nie en gevolglik bly dit steeds van krag.¹⁴

10 Sien Wet 61 van 1973 artikel 33.

11 (1966) 2 QB 656.

12 *Bell Houses Ltd v City Wall Properties Ltd* (1966) 2 QB 656:687.

13 McLennan 1997:334-335; Fourie 1996:58. Sien ook Wedderburn 1983:204: "The victory of the subjective objects clause must be the beginning of the end for ultra vires."

14 Wet 61 van 1973 artikel 36.

4. DIE REGSGEVOLGE VAN *ULTRA VIRES*-HANDELINGE

Daar het aanvanklik regsonsekerheid oor die regsrag van *ultra vires*-handelinge geheers.¹⁵ Die een denkrigting was dat *ultra vires*-handelinge slegs vernietigbaar was.¹⁶ In teenstelling hiermee is daar egter in *Ashbury Railway Carriage and Iron Co v Riche*¹⁷ aanvaar dat *ultra vires*-handelinge *ab initio* nietig was, en dat daar geen moontlikheid van die ratifikasie van sodanige ooreenkomste bestaan het nie. Die ooreenkomste was ongeldig aangesien dit buite die kontraktuele bevoegdhede van die maatskappy geval het.¹⁸ Die punt word duidelik deur die volgende aanhaling uit die *Ashbury Railway Carriage*-saak geïllustreer:

If so, my Lords, it is not a question whether the contract ever was ratified or was not ratified. If it was a contract void at its beginning, it was void because the company could not make the contract. If every shareholder of the company had been in the room, and every shareholder had said 'That is a contract which we desire to make, which we authorize the directors to make, to which we sanction the placing of the seal of the company...' The shareholders would thereby, by unanimous consent, have been attempting to do the very thing which, by the Act of Parliament, they were prohibited from doing. But my Lords if the shareholders of this company could not *ab ante* have authorized a contract of this kind to be made, how could they subsequently sanction the contract after it had, in point of fact been made?...It appears to me that it would be perfectly fatal to the whole scheme of legislation...if you were to hold that, in the first place directors might do that which even the whole company could not do and that then, the shareholders finding out what had been done could sanction subsequently, what they could not antecedently have authorized.

Dié standpunt is sedertdien as die korrekte standpunt aanvaar.¹⁹ Daar het gevolglik geen aanspreeklikheid *ex contractu* vir enige van die partye ontstaan nie. Die beginsels van die gewone kontraktereg het gegeld na so 'n *ultra vires*-handeling indien die prestasies steeds bestaan het. Elke kontraksparty was gevolglik geregtig op terugvordering van dit wat hy reeds presteer het.²⁰ Probleme het egter ontstaan waar die prestasie nie meer bestaan het nie, of onidentifiseerbaar was. Daar is

15 Benade 1964:79.

16 *Taylor v Cichester and Midhurst Railway Co* (1867) LR 2 Exch 356.

17 (1875) LR 7 HL 653.

18 *Ashbury Railway Carriage & Iron Co v Riche* (1875) LR 7 HL 653.

19 Fredman 1982:289; Benade 1964:80 voetnoot 1; *Edwards v Haliwell* (1950) 2 All ER 1064 (CA).

20 Benade 1964:81; *Volkskas Beleggingskorp v Oranje Benefit Society* 1978 1 SA 45 A.

aanvaar dat 'n eis vir ongeregverdigde verryking aan 'n kontraktant in so 'n geval toegestaan sou word.²¹

Lede van die maatskappy beskik oor die reg om direkteure deur middel van 'n interdik te verhoed om *ultra vires*-handelinge te verrig.²² Hierdie reg van elke individuele lid spruit voort uit die kontraktuele verhouding wat tussen die lid en die maatskappy bestaan.²³

Die direkteure kan ook persoonlike sivilregtelike aanspreeklikheid teenoor die maatskappy²⁴ en in bepaalde gevalle ook teenoor die ander kontraksparty²⁵ ooploop.

Alhoewel die doelstellings, soos vervat in die akte, die aanduiding was van die area waarbuite die maatskappy nie mag optree nie, het die howe nie die doelstellingsklousule letterlik geïnterpreteer nie. Wat ook al as aanvullend tot die hoofdoelstelling beskou kon word, is nie as *ultra vires* beskou nie²⁶. Die vraag wat as aanvullend tot die doelstelling gesien kon word, was 'n feitevraag wat ondersoek moes word deur van die gewone beginsels aangaande die opstelling van dokumente gebruik te maak²⁷.

Die weg wat die howe met betrekking tot hierdie aangeleentheid ingeslaan het word deur die uitspraak van Buckley LJ in *Attorney-General v Mersey Railway Co*²⁸ geïllustreer. Die regter voel dat ten einde vas te stel of 'n handeling inderdaad *ultra vires* is, daar eerstens oor 'n aantal faktore sekerheid verkry moet word. Die eerste belangrike faktor wat bepaal moet word is wat die hoofdoelwit van die maatskappy is. Tweedens moet die spesiale bevoegdhede bepaal word wat die maatskappy in staat sal stel om uitvoering aan sy hoofdoelwit te gee. Indien daar egter vasgestel word dat die handeling nie binne een van bogenoemde twee kategorieë tuisbring kan

21 Benade 1964:81; *Crispette and Candy Co Ltd v Michaelis* 1948 1 SA 404 W.

22 Gower 1992:69; Du Plessis 1990:12; Henochsberg 1985:56; Fredman 1982:286; Benade 1964:93; *Edwards v Haliwell* (1950) 2 All ER 1064 (CA):1066.

23 Hierdie reg van 'n lid is een van die uitsonderings op die reël soos neergelê in *Foss v Harbottle* (1843) 2 Hare 461 67 ER 189, naamlik dat 'n maatskappy deur meerderheidsbewind beheer word en gevolglik self sy korporatiewe regte moet afdwing. Sien ook Cilliers *et al* 2000:297-301; Gower 1992:644; Benade 1964:94; *Foss v Harbottle* (1843) 2 Hare 461 67 ER 189; *Edward v Haliwell* (1950) 2 All ER 1064 (CA); *Gründling v Beyers* 1967 2 SA 131 W.

24 Fredman 1982:288; Naudé 1974:328; Palmer 1968:583; Benade 1964:90; *Crispette and Candy Co Ltd v Michaelis* 1948 1 SA 404 W.

25 Benade 1964:91; *Blower v Van Noorden* 1909 TS 890.

26 *The Attorney-General v The Great Eastern Railway Co* (1880) 5 App Cas 473 (HL).

27 *Marshall Industrials Ltd v Khan* 1959 4 SA 684 D.

word nie moet 'n verdere ondersoek geloods word. Tydens hierdie ondersoek moet daar vasgestel word of die handeling insidenteel is tot die hoofdoelwit, of dat daar 'n logiese verband tussen die handeling en die verwesenliking van die hoofdoelwit bestaan. Die regter het die voorbeeld van die bedryf van 'n hotel as 'n praktiese illustrasie gebruik. Die akte en statute van die betrokke hotel maak voorsiening vir die aankoop van grond waarop die hotel gebou mag word. Daar word egter geen verdere bepalings in hierdie verband in die akte en statute opgeneem nie. Die regter voer aan dat 'n hele aantal handelinge insidenteel tot die verwesenliking van die hoofdoelwit van die hotel sal wees, soos byvoorbeeld die aankoop van: meublement, beddegoed, voedsel, drank asook perde en koetse om die gaste te vervoer. Die regter voer verder aan dat die vestiging van 'n gholfbaan, tennisbane en rolbalbane ook in baie gevalle *intra vires* sal wees. So ook sal die instandhouding van tuine en ontspanningsareas sowel as die aanskaffing van bote waarmee gaste op visvang ekskursies geneem kan word *intra vires* wees. Die regter het egter bevind dat heelwat van voorgenome handelinge nie *intra vires* vir doeleindes van die bedryf van 'n hotel in die middestad sal wees nie, maar eerder bloot vir 'n hotel in die platteland. Dit is dus 'n feitevraag of 'n sekere handeling wel gesien kan word as insidenteel tot die verwesenliking van die hoofdoelwit van die maatskappy.²⁹

28 1907 1 Ch 81 (HL).

29 "...To ascertain whether any particular act is *ultra vires*...or not the main purposes must first be ascertained; then the special powers for effectuating that purpose must be looked for, and then, if the act is not within either the main purpose as described in or the special powers expressly given by the statute, the inquiry remains whether the act is incidental to or consequential upon the main purpose and is a thing reasonably to be done for effectuating it...By way of illustration, let me suppose that the main purpose found in the statute or in the memorandum of association of a statutory company is to [100] establish and carry on an hotel, and that express power is given to buy land at a particular place and to build, and that as to anything further the statute or memorandum of association is silent. It is quite clear law that all such acts as are reasonably necessary for effectuating that purpose are *intra vires*, such, for instance, as the purchase of furniture, and of linen, of provisions, and of wines and spirits, the hiring of servants, the payment of licences, the ownership probably of horses and carriages, the maintenance and working of an omnibus which shall attend at the railway station to take the intending guests to the hotel and the like. In a large number of cases the maintenance of a garden and pleasure grounds would be *intra vires*...The maintenance of tennis lawns or of a bowling green would, in many circumstances be legitimate. Under circumstances such as presently put a golf links might be *intra vires*. All these and the like will without express mention be within the company's powers. Then I may instance other acts as to which it would be a question of fact in the case of the particular hotel whether it was such an act as was reasonably incidental or consequential. If, for instance, the hotel were at Bundoran or Rosapenna or elsewhere in the country of Donegal it might be *intra vires* to lay out and maintain in good order a golf links or to acquire rights of fishing and to own boats and supply gillies for the purpose of fishing upon the lakes. It may be that in the particular locality custom could only be reasonably expected or obtained by offering those attractions, and they might be as necessary as a smoking-room or a bowling green elsewhere. If the hotel in question were the Savoy Hotel in the Strand or the

Dit blyk duidelik dat daar in hierdie verband op 'n kasuïstiese wyse te werk gegaan is. Die vraag of daar inderdaad by die doelstellings van 'n maatskappy gehou is, moes dus na gelang van 'n deeglike ondersoek van die spesifieke besigheid wat die maatskappy bedryf het beantwoord word.

Daar is menigte ander gevalle in hofverslae vervat met betrekking tot die werking van die *ultra vires*-leerstuk. Slegs drie gevalle word bespreek ten einde die werking van die *ultra vires*-leerstuk te illustreer. Die algemene beginsels rakende die werking van die leerstuk blyk duidelik uit die bespreking van hierdie voorbeelde en gevolglik word daar met hierdie voorbeelde volstaan. Daar word in elkeen van hierdie gevalle ook spesifiek na die besigheid wat deur die maatskappy bedryf word gekyk.

In *Evans v Brunner Mond & Co Ltd*³⁰ is bevind dat waar groot bedrae geld deur chemiese maatskappye aan universiteite of ander wetenskaplike instellings gegee word vir doeleindeindes van wetenskaplike onderrig of navorsing, hierdie betalings wel as deel van die besigheid van 'n chemise vervaardiger beskou kan word en is sodanige betaling nie *ultra vires* nie.³¹ Ook in *Foster v London, Chatham & Dover Railway Co*³² is bevind dat waar 'n spoorwegmaatskappy gemagtig is om grond vir die bedryf van die spoorweg aan te wend en dan 'n spoorlyn bou wat bo die grond in 'n reeks brue loop, kan die oop spasie onder die brue verhuur word aan winkeleienaars en is die handeling nie *ultra vires* nie.³³ Daarteenoor is die handeling

Great Central Hotel in Marylebone Road the proposition would cease to be true. So, again if the hotel were situated in a place inaccessible unless special means of communication were provided – say, at a lovely spot at the end of a Scotch loch to which there is no road, or at a place to which there is access by road but which is not served by any coach or mail cart service – it might be *intra vires* for that hotel to run a steam launch or a motor car to bring its guests to their destination. It would in such a case be analogous to the omnibus which the hotel in the [101] country town sends to the railway station. The question is in each case a question of fact. Is the particular act as to which it is in question whether it is *intra vires* an act which in the circumstances of that particular case is incidental to or consequential upon or reasonably necessary for effectuating the main purpose which the statute defines?”

30 1921 1 Ch 359.

31 *Evans v Brunner Mond & Co Ltd* [1921] 1 Ch 359: “Is an application of funds incidental or conducive to the business of chemical manufacturers to distribute to universities and other scientific institutions a large sum of money for the purposes of scientific education or research, not confined to the particular sphere in which the company operates. Such a distribution of money is, therefore, not *ultra vires*.”

32 [1895] 1 QB 711 CA.

33 *Foster v London, Chatham & Dover Railway Co* [1895] 1 QB 711 CA: “Where a railway company is authorised to use land for purposes of railway operation and constructs a line which runs over a series of arches it has power by implication to let the space in the interior of the arches to persons who carry on business as shopkeepers.”

van 'n maatskappy wat slegs die bevoegdheid het om treinwaens te bou en te verkoop, maar dan 'n spoorwegkonsessie koop, *ultra vires* en nietig.³⁴

5. KRITIEK OP DIE *ULTRA VIRES*-LEERSTUK

Die *ultra vires*-leerstuk se werking word versterk deur die leerstuk van toegerekende kennis³⁵, wat bepaal dat enige persoon wat besigheid met 'n maatskappy doen geag word te weet wat die inhoud van 'n maatskappy se openbare dokumente³⁶ behels. Die vraag of 'n transaksie *ultra vires* was, is alleenlik bepaal met verwysing na die doelstellingsklousule van die maatskappy. Dit was irrelevant of die ander kontraksparty inderdaad die akte onder oë gehad het, aangesien kennis daarvan aan hom toegereken is.

Blackman³⁷ het die *ultra vires*-leerstuk heftig gekritiseer. Hy het aangevoer dat daar by die aanvaarding van die 1973 *Maatskappywet* van die veronderstelling uitgegaan is dat die *ultra vires*-leerstuk so diep in die Suid-Afrikaanse Maatskappyereg ingebed geraak het dat dit beter sou wees om die leerstuk bloot skadeloos te stel in stede daarvan om van die leerstuk geheel en al ontslae te probeer raak, aangesien dit dalk onvoorsiene en verrykende gevolge mag hê. Hy het dit duidelik gestel dat alhoewel hierdie oplossing moontlik na die veiligste benadering op eerste oogopslag lyk, dit eintlik die veel gevaarliker uitweg is. Die poging in die 1973 *Wet* het die regsposisie in Suid-Afrika onnodig gekompliseer.³⁸

34 *Ashbury Railway Carriage & Iron Co v Riche* (1875) LR 7 HL 653: "Where a company has power simply to make and sell railway carriages the purchase of a railway concession in another company is *ultra vires* and void."

35 Sien hoofstuk 5 vir 'n volledige bespreking van die leerstuk van toegerekende kennis.

36 'n Maatskappy se akte en statute word vir hierdie doeleinde as openbare dokumente geag.

37 Blackman 1975:1.

38 "Some doctrines, when they have outlived their usefulness, are easily removed; others are so embedded in the law that force is necessary to pry them loose. A consideration of the new South African Companies Act suggests that the *ultra vires* doctrine was thought to be of the latter kind and that, rather than risk the use of force, the legislature has sought to render it harmless. This appears to be the safer approach. In fact, it is almost certainly the more dangerous. An error in the initial analysis of the doctrine may wreck the entire enterprise. Great skill is needed if the fabric of the law is in truth to remain intact. And then, even if that skill is achieved, the old structure is left standing and the old concepts and principles remain, looking for all the world as they did before, when in fact they are either redundant or, if they still function, do so in a radically different way. Thus the approach is full of pitfalls and the law is inevitably rendered more complex. It is submitted that all the shortcomings and defects attendant upon the approach adopted are to be found in the provisions of the

Daar is ook al aangevoer dat die *ultra vires*-leerstuk 'n doel op sigself geword het in plaas daarvan om werklik 'n doel te dien.³⁹ Hierdie standpunt moet ondersteun word. Gower spreek hom soos volg uit oor die leerstuk:

The result of the foregoing practices was largely to frustrate the whole object of the doctrine. It ceased to be a protection to anyone and became merely a trap for the unwary third party and a nuisance to the company itself.⁴⁰

6. KOMMISSIES VAN ONDERSOEK

Verskeie kommissies van ondersoek is op die been gebring om die *ultra vires*-leerstuk te ondersoek. In Engeland het die Cohen-kommissie⁴¹ aanbeveel dat 'n maatskappy ten gunste van derde persone, geag behoort te word oor al die bevoegdheids van 'n natuurlike persoon te beskik. Die kommissie het gevolglik aanbeveel dat die doelstellingsklousule van die maatskappy slegs as 'n ooreenkoms tussen die maatskappy en sy lede moet geld en nie ten opsigte van derde partye nie.

Die Jenkins-kommissie het selfs verder as die Cohen-kommissie gegaan en aanbeveel dat die leerstuk van toegerekende kennis afgeskaf behoort te word.⁴² Daar is verder aanbeveel dat selfs werklike kennis van die akte en statute nie 'n derde van sy reg om 'n kontrak teen die maatskappy af te dwing behoort te ontnem, as die derde redelikerwys en eerlik nie beseft het dat die bepalings van die akte en statute die maatskappy se beamptes verbied het om so 'n kontrak aan te gaan nie. *Bona fides* deur die derde word dus as 'n oorkoepelende vereiste gestel.

In Suid-Afrika het die Van Wyk de Vries-kommissie⁴³ ook die situasie met betrekking tot *ultra vires*-handelinge ondersoek. Die kommissie het voor die vraag te staan gekom of die *ultra vires*-leerstuk in sy geheel afgeskaf moet word en of die maatskappy gesien behoort te word as 'n entiteit met onbeperkte vermoë. Die kommissie het ongelukkig bevind dat hierdie voorstel nie aanvaar kan word nie, aangesien dit te veel mag aan direkteure van 'n maatskappy sal gee. Die kommissie

new Companies Act aimed at, and consequential upon, the elimination of what was said to be 'the undesirable aspect of the *ultra vires* principle'."

39 Benade 1964:45.

40 Gower 1992:168.

41 Cohen-kommissie Cmd 6659/1962 Report of Company Law Committee.

42 Griffin 1991:39 voetnoot 11.

43 Hoofverslag paragraaf 27.16 en 17.17.

het gevoel dat hierdie voorstel dus die posisie van aandeelhouders *vis-a-vis* die direkteure sou verswak.⁴⁴

Die kommissie het verder aangevoer dat daar geen praktiese onderskeid behoort te wees tussen 'n maatskappy en 'n natuurlike persoon in die handelswêreld nie, maar dat daar 'n "equitable equilibrium" moet wees tussen die belange van die aandeelhouders en die direkteure wat die bevoegdhede van die maatskappy uitoefen.⁴⁵ Daar was 'n gevoel dat daar te veel magte aan direkteure gegee sou word indien die *ultra vires*-leerstuk afgeskaf word. Die kommissie was daarom van opinie dat die *ultra vires*-leerstuk nie in geheel afgeskaf behoort te word nie.⁴⁶ Die beskerming van aandeelhouders is dus as 'n prioriteit deur die kommissie beskou. Soos egter reeds aangetoon is, beskerm die *ultra vires*-leerstuk nie aandeelhouders nie. Die kommissie se aanbevelings in hierdie verband berus nie op 'n suiwer regsgrondslag nie en kan dus nie ondersteun word nie.⁴⁷

Op sy beurt voer Benade⁴⁸ aan dat 'n bevredigende oplossing vir die *ultra vires*-leerstuk slegs gevind kan word indien daar van die volgende twee uitgangspunte uitgegaan word, naamlik eerstens dat 'n maatskappy se bevoegdhede geensins deur sy doelstellings beperk behoort te word nie; en tweedens dat die verteenwoordigers van 'n maatskappy se bevoegdhede beperk moet kan word, maar dit behoort egter die maatskappy se verantwoordelikheid te wees om sodanige beperkings onder die derde se aandag te bring.

Een van die mees omvangryke ondersoeke na die *ultra vires*-leerstuk is die Engelse Prentice-verslag.⁴⁹ In die verslag word onder meer die omseiling van die *ultra vires*-leerstuk deur die breë formulering van doelstellingsklousules onder die loep geneem.

44 "The first proposal to be considered is the suggestion that the Act, without more, should abolish the *ultra vires* doctrine. As the effect of this measure would be to confer absolute power on the directors, in the sense that there could be no recourse against them whatsoever, we are not enamoured of this position. A proposal, which has been given serious consideration, has been that the Act should lay down that every company should have unrestricted capacity...However we are afraid that this proposition goes too far. The effect of such a provision would be in practice, to place too much power in the hands of the directors vis-a-vis the shareholders. Whereas it is the approach of the Commission to shore up the position of the shareholders and not to weaken it, it is considered that the adoption of this proposal would be a retrograde step."

45 Hoofverslag paragraaf 27.23.

46 Hoofverslag paragraaf 27.24.

47 Sien in hierdie verband die Prentice Reform of Ultra Vires Report:18.

48 1964:45.

49 Prentice Reform of Ultra Vires Report. Sien ook Griffin 1991:39-40.

Die verslag het bevind dat die *ultra vires*-leerstuk as gevolg van die ontwikkelings in die Engelse reg in verband met doelstellingsklousules van geen nut meer in dié jurisdiksie is nie.⁵⁰ Daar is verder in die verslag bevind dat die leerstuk onnodige beperkings op die handeling van maatskappye plaas sonder dat daar enige voordeel uit hierdie beperkings getrek word.⁵¹

Die Prentice-verslag het dit duidelik gemaak dat die belang van doelstellingsklousules aansienlik afgeneem het. In moderne maatskappye het die lengte en kompleksiteit van doelstellingsklousules die hoofdoel van die doelstellingsklousule, naamlik om voornemende beleggers in staat te stel om te bepaal in watter handelsfeer hul belegging belê gaan word, begin oorskadu.⁵²

Daar word ook verder pertinent in die verslag gekyk na die aspek of die *ultra vires*-leerstuk inderdaad beskerming aan aandeelhouers bied. Daar word tot die volgende gevolgtrekking gekom:

The doctrine of *ultra vires* has failed to provide any significant protection to either creditors or shareholders. In so far as either creditors or shareholders have a legitimate interest in ensuring that a company restricts its activities to those enumerated in its objects clause, this can be achieved in other ways. To provide such protection it is not necessary to impose restrictions on a company's capacity which could prejudice a third party dealing with a company.⁵³

Die aanbeveling in die verslag word na oorweging van die posisies in die VSA en Kanada gemaak dat 'n maatskappy die wydste moontlike bevoegdhede behoort te hê, en indien moontlik, dieselfde bevoegdhede as 'n natuurlike persoon.⁵⁴ Die punt word verder gemaak dat voldoende regsmiddele beskikbaar is vir die beskerming van die belange van aandeelhouers, al word onbeperkte bevoegdhede aan 'n maatskappy verleen.⁵⁵

50 Prentice Reform of Ultra Vires Report:7. "The consequence of these developments is that the doctrine of *ultra vires* no longer serves any useful purpose. The doctrine is for all intents and purposes defeasable at the discretion of the draftsman."

51 Prentice Reform of Ultra Vires Report:13. "The result is that the doctrine of *ultra vires* imposes an unnecessary burden on companies and those with whom they deal, without there being any compensating advantages."

52 Sien Griffin 1991:40.

53 Prentice Reform of Ultra Vires Report:18.

54 Prentice Reform of Ultra Vires Report:19. Sien ook Griffin 1991:40.

55 Prentice Reform of Ultra Vires Report:63.

Daar word ook in die verslag aanbeveel dat die leerstuk van toegerekende kennis herroep word, maar dat dit by wyse van uitsondering behou word vir sekere gespesifiseerde dokumente.⁵⁶

7. DIE IMPAK VAN STATUTÊRE BEPALINGS

7.1 Inleiding

Die bevindings soos vervat in die Hoofverslag van die Kommissie van Ondersoek onder leiding van sy edele regter Van Wyk de Vries, het gelei tot die omvangryke ingryping met betrekking tot die *ultra vires*-leerstuk in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg wat bewerkstellig is met die promulgering van artikel 36 van die Maatskappywet van 1973.

Hierdie artikel lees soos volg:

Geen handeling van 'n maatskappy is nietig nie slegs vanweë die feit dat die maatskappy sonder vermoë of bevoegdheid was om aldus te handel, of omdat die direkteure geen magtiging gehad het om daardie handeling namens die maatskappy te verrig slegs vanweë die gemelde feit, en, behalwe tussen die maatskappy en sy lede of direkteure, of tussen sy lede en sy direkteure, kan nóg die maatskappy nóg 'n ander persoon in 'n regsding sodanige gebrek aan vermoë of bevoegdheid of magtiging aanvoer of daarop steun.

Dit is noodsaaklik om die *ultra vires*-leerstuk en die gebeure voor die inwerkingtrede van artikel 36 te bestudeer ten einde die oogmerk en bedoeling van dié betrokke artikel te verstaan. Gemeenregtelik was 'n maatskappy onbevoeg om buite sy doelstellings te handel. Alhoewel die gemeenregtelike bestel ingrypend deur artikel 36 verander is,⁵⁷ geld die reël dat die bepalings van die akte, en dus ook die doelstellingsklousule, 'n kontrak tussen die maatskappy en elk van sy lede in sy hoedanigheid as lid daarstel, egter steeds en vul dit artikel 36 aan.⁵⁸

56 Prentice Reform of Ultra Vires Report:24.

57 Sien *Oranje Benefit Society v Central Merchant Bank Ltd* 1976 4 SA 659 A. Artikel 36 van die 1973 Wet was nie in hierdie geval van toepassing nie. Indien dit egter wel toepassing sou gevind het, sou die probleem opgelos gewees het en sou die Oranje Benefit Society nie kon beweer dat die sekerheidstelling *ultra vires*, en gevolglik nietig was nie.

58 Artikel 65(2) Wet 61 van 1973; *Patakh Centre (Pty) Ltd v Stern NO* 1978 1 SA 259 D.

Die persoon wat die handeling namens die maatskappy aangegaan het, moes oor die nodige volmag beskik het. Ten einde te bepaal of die persoon oor die nodige volmag beskik het, moes daar na die algemene beginsels van die verteenwoordigingsreg, sowel as die twee verteenwoordigingsbeginsels eie aan die maatskappyereg, naamlik die leerstuk van toegerekende kennis sowel as die *Turquand*-reël gekyk word.⁵⁹

7.2 Die doel waarvoor die maatskappy opgerig is

'n Verteenwoordiger van 'n maatskappy kon nooit oor die nodige volmag beskik het om handeling te verrig wat buite die vermoënsfeer van die maatskappy geval het nie.⁶⁰ Die handeling was dus om twee redes nietig, in die eerste plek omdat dit buite die vermoënsfeer van die maatskappy geval het, en tweedens omdat die persoon nooit oor die nodige volmag kon beskik om die handeling te verrig nie.

Die direksie kon egter wel handeling ratifiseer waar 'n persoon sy volmag oorskry het. Naudé⁶¹ toon egter tereg aan dat dit nie in hierdie geval moontlik kon wees nie, aangesien die handeling alreeds *ultra vires* was. Die direksie kon dus nie *ultra vires*-handeling ratifiseer nie.

Om te bepaal of 'n handeling inderdaad *ultra vires* was, was 'n derde aangewese op die bewoording van die akte van oprigting. Daar kon voorts nie van die derde verwag word om kennis te gedra het van die ware doel waarvoor die maatskappy opgerig is, indien hierdie doel nie duidelik in die akte van oprigting omskryf is nie.⁶²

Die leerstuk van toegerekende kennis het egter ongekwalifiseerd gegeld, ingevolge hierdie leerstuk is die derde geag ten volle op hoogte van die openbare dokumente van die maatskappy te gewees het.⁶³

Die Maatskappywet het 'n verkorting van die hoofdoelstelling van 'n maatskappy daargestel, maar ook die effek van die doelstellings van die maatskappy tegelykertyd verbreed. Slegs een hoofdoelstelling word ingevolge artikel 33 van die

59 Sien hoofstukke 5 en 7.

60 Naudé 1974:318.

61 Naudé 1974:318.

62 Sien *Marshall Industrials Ltd v Khan* 1959 4 SA 684 D:692 asook *Cotman v Brougham* (1918) AC 514.

63 Sien hoofstuk 5 vir 'n volledige bespreking van die leerstuk van toegerekende kennis.

Maatskappywet toegelaat. Hierdie beperking word afgelei uit die feit dat die woord “hoofdoelstelling” in die enkelvoud gebruik word:

(1) 'n Maatskappy opgerig ingevolge artikel 32 het die vermoë bepaal deur die hoofdoelstelling in sy akte uiteengesit en by sy vermoë word daar onbeperkte doelstellings aanvullend tot die gemelde hoofdoelstelling ingesluit behalwe die besondere aanvullende doelstellings wat uitdruklik in sy akte uitgesluit word.

Die wetgewer maak verder voorsiening vir die outomatiese uitbreiding van die vermoë van die maatskappy deurdat onbeperkte aanvullende doelstellings ter vervulling van die maatskappy se hoofdoelstelling toegelaat word.⁶⁴ Die aanvullende doelstellings word outomaties van toepassing op die maatskappy, tensy dit uitsluitlik in die akte van die maatskappy uitgesluit word.⁶⁵

Ingevolge artikel 33(2) kan 'n maatskappy ook 'n swewende hoofdoelstelling hê, dit beteken dat indien die hoofbesigheid van die maatskappy uitsluitlik onder een van sy aanvullende doelstellings ressorteer, daardie aanvullende doelstelling outomaties die hoofdoelstelling word:

(2) As die hoofbesigheid te eniger tyd werklik gedryf deur 'n maatskappy in subartikel (1) bedoel, binne die vermoë van die maatskappy val slegs uit hoofde van 'n doelstelling aanvullend tot die hoofdoelstelling in sy akte uiteengesit, word sodanige hoofbesigheid geag die hoofdoelstelling van daardie maatskappy te wees vir die doeleindes van die gemelde subartikel.

Dit blyk dus dat die werking van hierdie artikel tot gevolg het dat 'n doelstelling van 'n maatskappy gelykgestel word aan die hoofbesigheid van 'n maatskappy.

Met betrekking tot 'n maatskappy wat reeds bestaan het voor die inwerkingtrede van die Wet, bepaal artikel 33(3) soos volg:

Ondanks enigiets vervat in die akte van 'n bestaande maatskappy word die hoofbesigheid wat hy werklik by die inwerkingtrede van hierdie artikel dryf, geag sy hoofdoelstelling te wees.

Reeds bestaande maatskappye kon ook by wyse van 'n spesiale besluit hul aktes gewysig het om hul doelstellings in lyn met die Wet te bring.⁶⁶ Naudé⁶⁷ se siening oor hierdie aspek blyk korrek te wees, naamlik dat dit die wetgewer se bedoeling was

64 Artikel 33(1).

65 Artikel 34.

66 Artikel 52(2).

om bestaande maatskappye by die nuwe skema in te lyf, sonder om die maatskappye se bestaande bevoegdhede en magte te vernietig. Hierdie standpunt maak ekonomies sin, aangesien dit die bestuur van reeds bestaande maatskappye sou ontwig indien dié maatskappye se bestaande bevoegdhede en magte sondermeer vernietig sou word.

Artikel 34 bepaal dat 'n maatskappy oor onbeperkte bevoegdhede beskik om hom in staat te stel om sy hoof- en aanvullende doelstellings te verwesenlik, onderworpe aan die beperkings soos deur die Wet gestel.

Daar bestaan onsekerheid oor die interpretasie van hierdie artikel. Die terme "hoofbesigheid" en "hoofdoelstelling" is vaag en word verwarrend gebruik. Die feit dat 'n maatskappy ook oor onbeperkte aanvullende doelstellings beskik, maak dit gevolglik moontlik vir 'n maatskappy om sonder beperkings aan enige besigheid, behalwe dit wat uitdruklik verbied word, deel te neem. Die logiese vraag wat dus volg is waarom die wetgewer hom nog met die onbenullige bepaling, dat 'n maatskappy oor 'n hoofdoelstellingsklousule moet beskik, ophou?

Die vaagheid van artikels 33 en 34 het tot gevolg dat dit bykans onmoontlik is om aan te toon dat 'n handeling buite die vermoënsfeer van die maatskappy val. Hierdie feit, gekoppel met die struikelblokke wat deur artikel 36 daargestel word, het tot gevolg dat daar nog geen litigasie rondom bogenoemde artikels plaasgevind het sedert die inwerkingtrede van die wet nie.⁶⁸

Daar is sommige persone wat sou aanvoer dat dit juis 'n positiewe aspek van hierdie artikels is, en dat hierdie artikels, alhoewel hul gebuk gaan onder gebreke, met rus gelaat moet word. Hiermee standpunt kan nie ondersteun word nie. Artikels 33(1) en 34 maak daarvoor voorsiening dat sekere tipes besigheid nie onder die aanvullende doelstellings tuisgebring kan word nie as gevolg van hul spesifieke uitsluiting in die akte en statute. Dit is egter onmoontlik en onprakties om elke vorm van ongewenste besigheid by name uit te sluit. Daar bestaan verder ook onsekerheid oor hoe die situasie, waar die maatskappy dan juis by besigheid betrokke raak wat spesifiek uitgesluit is, hanteer sou word.⁶⁹ Die vaagheid van bogenoemde artikels het vir meer as 30 jaar reeds tot gevolg dat hierdie knelpunt nie deur middel van regsontwikkeling

67 Naudé 1974:322.

68 McLennan 1997:334.

69 McLennan 1997:335.

opgelos kan word nie. Die enigste uitweg blyk die verwydering van dié artikels deur die promulgasie van nuwe wetgewing te wees.

7.3. Artikel 36: Spesifieke aangeleenthede

7.3.1 Die tipe handeling

Daar moet as uitgangspunt in gedagte gehou word dat artikel 36 slegs van toepassing is waar handeling nie of vernietigbaar is bloot vanweë die feit dat die betrokke handeling die vermoënsfeer van die maatskappy oorskry. Artikel 36 sal nie toepassing vind waar daar 'n verdere gebrek is nie, byvoorbeeld waar die handeling onwettig is nie.

7.3.2 Volmag van die persoon of persone wat namens die maatskappy optree

Ingevolge artikel 36 is geen handeling van die maatskappy nietig bloot vanweë die feit dat dit buite die vermoë van die maatskappy val nie. Die vraag of daar dus aan die volmagvereiste voldoen is, word volgens Naudé steeds op die tradisionele wyse bepaal:

Where the act falls within the company's capacity and powers, the enquiry as to whether the authority requirement has been satisfied will in no way differ from a similar enquiry before commencement of the new Act.⁷⁰

Die artikel bepaal ook verder dat die maatskappy as prinsipaal van die direkteure hom ook nie op die gebrekkige volmag van die direkteure mag beroep indien die gebrek slegs voortspruit uit die feit dat die handeling buite die vermoënsfeer van die maatskappy val nie. Indien die gebrek aan volmag om enige ander rede bestaan, byvoorbeeld 'n verbod wat in die statute vervat is, sal die maatskappy nie gebonde wees aan die handeling nie.

7.3.3 Die gebruik van die woord “direkteure” in artikel 36

Artikel 36 gaan gebuk onder die ernstige gebrek dat daar deurgaans na “direkteure” in die meervoud verwys word. Die argument word geopper dat die woord “direkteure” na die direksie verwys, aangesien die wetgewer deurgaans in die wet na die direksie as die “direkteure” verwys.

Oosthuizen⁷¹ voel dat dit onbillik is dat 'n maatskappy agter die feit skuil dat die insidentele volmagoorskryding dié van 'n besturende direkteur of selfs 'n komitee van direkteure was en nie dié van die hele direksie nie. Hy voer verder aan dat as gevolg van hierdie onbillikheid, "direkteure" geïnterpreteer moet word as 'n verwysing na optrede deur die direksie, optrede deur die besturende direkteur, sowel as optrede deur 'n enkele of meerdere direkteure wat ooreenkomstig die statute deur die direksie gemagtig is om namens die maatskappy op te tree.⁷²

Daar moet met Cilliers⁷³ saamgestem word dat alhoewel hierdie pleidooi van Oosthuizen meriete het, die blote onbillikheid van die situasie nie die breë uitleg soos deur Oosthuizen voorgestel kan regverdig nie. Oosthuizen self gee toe dat dit te betwyfel is of die howe so 'n breë interpretasie soos deur hom voorgestel sal ondersteun:

Naudé Company Contracts p. 333 spreek die hoop uit dat die voorskrif geïnterpreteer sal word as 'the board of directors or any person authorized by them to act on behalf of the company'. Alhoewel hierdie wye interpretasie onteenseglik te verkies is, is dit te betwyfel of die howe so 'n wye interpretasie aan die woord 'direkteure' sal toeskryf. Vandaar dan die engere interpretasie in die teks voorgestaan.⁷⁴

Alhoewel die onderhandelinge van 'n maatskappy soms deur die direksie as 'n geheel behartig word, word hierdie onderhandelinge egter meestal deur 'n besturende direkteur of 'n uitvoerende beampte onderneem. Dit moet ingedagte gehou word dat hierdie probleem selfs sou bestaan indien die besturende direkteur oor oorspronklike bevoegdheid beskik. Hierdie oorsig deur die wetgewer laat artikel 36 dus met weinig, indien enige effek. Die enigste twee wyses waarop artikel 36 dus gered kan word is eerstens deur 'n wye interpretasie van die woord "direkteure", hoe onwaarskynlik dit ook al mag wees, en tweedens deur die artikel te wysig deur die woord "direkteure" te verwyder en dit te vervang met die woorde: "die direksie of enige persoon wat deur die direksie gemagtig is om namens die maatskappy bepaalde handelinge te verrig."

70 Naudé 1974:318.
71 Oosthuizen 1979:1.
72 Cilliers 1987:21.
73 Cilliers 1987:20.
74 Cilliers 1987:21.

7.3.4 Kennis van die bevoegdheidsoorskryding

Daar word algemeen aanvaar dat kennis van die bevoegdheidsoorskryding aan die kant van die derde as irrelevant vir die doeleindes van artikel 36 beskou kan word.⁷⁵ Alhoewel die leerstuk van toegerekende kennis nie pertinent in artikel 36 genoem word nie, word die werking daarvan vir die bepaling van die maatskappy se bevoegdhede, soos vervat in die akte en statute, opgeskort. Die effek hiervan is dat handeling steeds bindend en geldig is, al is beide die derde party sowel as die persoon wat namens die maatskappy handel, bewus van die bevoegdheidsoorskryding en ook bewus van die ander party se kennis van hierdie bevoegdheidsoorskryding.

Naudé huldig die volgende standpunt in verband hiermee:

Knowledge is after all, irrelevant – whether one approves of the approach or not. Once it is accepted that a third party who knew, is protected, there is no point in depriving him of this protection merely because the directors also knew. Fraudulent contracts are possible, but even where both the directors and the third party knew that the other knew, fraud could hardly have been committed on that ground alone.⁷⁶

Henochsberg huldig in die derde uitgawe van sy werk die siening dat artikel 36 nie 'n derde sal beskerm wat kennis dra van die feit dat die handeling *ultra vires* is nie. Hy voer aan dat die kennis van die derde 'n addisionele faktor is wat die werking van artikel 36 uitsluit:

The other party's knowledge of this constitutes an additional factor and the voidness from which s.36 would otherwise protect the act is then not by reason only that the company was without capacity or power so to act.⁷⁷

Daar moet saam met Oosthuizen⁷⁸ gestem word dat artikel 36 nie die bogenoemde uitleg regverdig nie, aangesien kennis aan die kant van die derde as irrelevant vir die doeleindes van artikel 36 beskou kan word.⁷⁹

75 Cilliers *et al* 2000:185-186; Gibson 1997:341; Van Jaarsveld 1974:100; Naudé 1974:325.

76 Naudé 1974:138.

77 1985:71.

78 Oosthuizen 1976:138.

In die vierde uitgawe van Henochsberg kom die skrywer tot 'n ander gevolgtrekking:

Secondly the section operates irrespective of whether or not the company or the other party affected knew that the doing of it was ultra vires the company. The existence of such knowledge cannot qualify as the fact additional to the fact that the company was without capacity etc. ...⁸⁰

Die bogenoemde siening is dus korrek, naamlik dat blote kennis aan die kant van die derde dat die handeling inderdaad *ultra vires* was, hom nie van die beskerming van artikel 36 sal ontnem nie. Die vraag ontstaan egter nou of hierdie siening regverdig is. Waarom moet 'n persoon wat die hof met "vuil hande" nader gehelp word? Daar word dus aan die hand gedoen dat 'n derde slegs die beskerming van artikel 36 behoort te geniet indien die derde *bona fide* is.

Dit mag ook dalk wees dat beide die derde party, sowel as die direkteure wat namens die maatskappy onderhandel, bedrieglik optree. Dit kan tot groot nadeel van die maatskappy strek en is weereens nog 'n sterk aanduiding dat sodanige *mala fide* partye nie toegelaat behoort te word om op die werking van artikel 36 te steun nie. Waar beide partye egter *bona fide* is, moet daar met Naudé oor die toets vir die gebondenheid van 'n maatskappy saamgestem word:

By die formulering van hierdie toets moet onthou word dat daar 'n keuse tussen twee breë uitgangspunte is wat daaruit spruit dat noodwendig te doen gekry word met 'n opweging van die belange van die maatskappy (en in 'n ekonomiese sin, sy lede) enersyds en die onskuldige derde wat met die maatskappy onderhandel andersyds.⁸¹

Die belange van die onskuldige derde moet dus swaarder weeg as dié van die maatskappy, aangesien dit billik is dat die maatskappy, eerder as die derde, die gevolge dra van die onbesonne optrede deur die direkteure van die maatskappy. Die maatskappy het immers self die beheer oor wie hy as ampsbekleërs aanstel.⁸²

Daar word dus aan die hand gedoen dat die tempering van die *ultra vires*-leerstuk ten koste van die maatskappy behoort te wees en 'n *bona fide derde* behoort te bevoordeel. Indien die derde egter *mala fide* is, verval die rede vir sy beskerming en behoort die maatskappy nie gebonde te wees nie.

79 Cilliers *et al* 2000:185-186; Gibson 1997:341; Van Jaarsveld 1974:100; Naudé 4:325.

80 1985:55.

81 Naudé 1971:505, 506.

82 Naudé 1971:506.

7.3.5 Onderskeid tussen binnestanders en buitestanders wat handelinge met die maatskappy aangaan

Daar is diegene wat aanvoer dat daar geen onderskeid in artikel 36 getref word tussen gevalle waar die derde met wie die maatskappy 'n regshandeling sluit 'n direkteur van die maatskappy, 'n lid van die betrokke maatskappy of 'n algehele buitestaander is vir die doeleindes van die bepaling van die geldigheid van die handeling nie en dat die tweede deel van artikel 36 slegs daarvoor voorsiening maak dat die maatskappy en sy direkteure en lede steeds intern gebonde is aan die bevoegdheidsfeer van die maatskappy.⁸³

Bogenoemde onderskeid is van kardinale belang vir die ondersteuning van die verdere argument dat artikel 36 nie by binnestanders toepassing vind nie, aangesien daar nie bloot op die bevoegdheidsoorskryding van die maatskappy staatgemaak word nie, maar ook op die vertrouensbreuk deur die derde party wat inderdaad 'n binnestander is. Dit is gevolglik belangrik om vas te stel of daar inderdaad sodanige vertrouensverhouding bestaan het. Om dit te bepaal moet onderskei word tussen gevalle waar die binnestander 'n direkteur is en gevalle waar hy bloot 'n lid van die maatskappy is.

Daar word in beide Engeland⁸⁴ en Suid-Afrika⁸⁵ aanvaar dat 'n *ultra vires*-handeling aangegaan deur 'n direkteur, neerkom op 'n vertrouenspligskending. Die posisie is egter meer gekompliseerd waar die derde party 'n lid van die maatskappy is. Artikel 65(2) van die Maatskappywet is in hierdie verband van belang:

Die akte en statute bind die maatskappy en sy lede asof dit onderskeidelik deur elke lid onderteken is, tot nakoming, behoudens die bepalings van hierdie Wet van al die bepalings van die akte en van die statute.

Daar rus 'n plig op lede om hulle by die konstitusie van die maatskappy te hou.⁸⁶

83 McLennan 1979:329; Oosthuizen 1979:1; Oosthuizen 1976:137; Naudé 1974:325; Van Jaarsveld 1974:100.

84 *In re Faure Electrical Accumulator Company* (1889) 40 ChD 141; *Cullerne v London and Suburban General Permanent Building Society* (1890) 25 QBD 485; Gower 1992:96.

85 Cilliers *et al* 2000:144; Gibson 1997:344; Naudé 1970:115; *Sparks & Young Ltd v John Hoatson* (1906) 27 NLR 634.

86 Cilliers *et al* 2000:79-80.

Daar kan dus geargumenteer word dat hierdie plig sou insluit dat lede hul daarvan moet weerhou om *ultra vires*-handelinge met die maatskappy aan te gaan. In dieselfde asem kan daar egter geargumenteer word dat die akte en statute 'n kontrak tussen die maatskappy en sy lede daarstel,⁸⁷ maar slegs tot die mate waarin die kontrak die lede in hul hoedanigheid as lede raak.⁸⁸ Dit is dus moontlik om aan te voer dat daar nie 'n kontraktuele verhouding tussen die maatskappy en 'n lid bestaan waar die lid met die maatskappy kontrakteer in 'n hoedanigheid wat geensins met sy lidmaatskap in verband gebring kan word nie, dus waar hy in sy hoedanigheid as 'n derde handel. Gevolglik kan verder aangevoer word dat daar geen verpligting op die lid rus om hom te hou by die konstitusie van die maatskappy waar hy as derde optree nie. Dit is duidelik dat hierdie moontlikheid weereens die behoefte na 'n oorkoepelende *bona fides*-element by artikel 36 onderstreep.⁸⁹

8. REGSVERGELYKENDE BLIK

8.1. Engeland

8.1.1 Inleiding

Die *ultra vires*-leerstuk het in die 1840's⁹⁰ in Engeland tot stand gekom en het 'n bloeitydperk in die 1870's⁹¹ beleef. Die eksterne werking van die leerstuk is egter in die 1980's afgeskaf deur 'n aantal hofsake⁹² sowel as statutêre bepalings.⁹³ Die

87 *De Villiers v Jacobsdal Salt Works* 1959 3 SA 873 O; *Gohlke en Schneider v Westies Minerale* 1970 2 SA 685 A; *Ex Parte Premier Paper Ltd* 1981 2 SA 612 W:615; *Cilliers et al* 2000:80; Prentice 1980:179.

88 *Eley v Positive Government Security Life Assurance Company* 1876 1 EXD 88; *Hickman v Kent or Romney Marsh Sheep Breeders' Association* (1951) 1 Ch 881; *De Villiers v Jacobsdal Salt Works* 1959 3 SA 873 O; *Cilliers et al* 2000:80.

89 *Cilliers* 1987:31.

90 Die *ultra vires*-leerstuk is vir die eerste keer in *Coleman v Eastern Counties Railway Company* (1846) 10 Beav 1 50 ER 481 toegepas. Sien ook Rajak 1995:9.

91 Fourie 1996:48. Sien ook *Ashbury Railway Carriage & Iron Co v Riche* 1875 LR 7 HL 653.

92 *Re Halt Garage Ltd* 1982 3 All ER 1016; *Re Horsley & Weight Ltd* 1982 Ch 442 1982 3 All ER 1045; *Rolled Steel Ltd v British Steel Corporation* 1986 Ch 246 1983 3 All ER 52.

93 Artikels 35, 35A en 35B van die *Companies Act* van 1985. Artikel 35 wat algemeen beskou word as die artikel wat tot die afskaffing van die eksterne werking van die *ultra vires*-leerstuk gelei het, is in die 1985 *Companies Act* ingevoeg deur middel van artikel 108(1) van die *Companies Act* van 1989 wat op 4 Februarie 1991 in werking getree het. Sien Rajak 1995:9. Daar kan egter nie met Rajak saamgestem word dat hierdie statutêre bepaling tot die algehele afskaffing van die *ultra vires*-leerstuk gelei het nie. Hierdie leerstuk het steeds interne werking.

maatskappyregtelike posisie in soverre dit die *ultra vires*-leerstuk aanbetref, word tans in Engeland grotendeels deur die riglyne gereël wat deur die Europese Unie daargestel word.

8.1.2 Europese Unie en Engeland voor die inwerkingtrede van die *Companies Act* van 2006

Artikel 9(1) van die riglyn van die Europese Ekonomiese Gemeenskap (EEG)⁹⁴ bespreek die posisie betreffende *ultra vires*-handelinge in 'n maatskappyregtelike konteks:

1. Acts done by the organs of the company shall be binding upon it even if those acts are not within the objects of the company, unless such acts exceed the powers that the law confers or allows to be conferred on those organs.

However, Member States may provide that the company shall not be bound where such acts are outside the objects of the company, if it proves that the third party knew that the act was outside those objects or could not in view of the circumstances have been unaware of it; disclosure of the statutes shall not of itself be sufficient proof thereof.

In 1972 is die bepaling van bogenoemde riglyn tot wetgewing in die Europese Unie verhef, deurdat dit in artikel 9(1) van *European Communities Act*⁹⁵ soos volg saamgevat is:

In favour of a person dealing with a company in good faith, any transaction decided on by the directors shall be deemed to be one which it is within the capacity of the company to enter into, and the power of the directors to bind the company shall be deemed to be free of any limitation under the memorandum or articles of association; and a party to a transaction so decided on shall not be bound to enquire as to the capacity of the company to enter into it or as to any such limitation on the powers of the directors, and shall be presumed to have acted in good faith unless the contrary is proved.

Die doel van artikel 9(1) was om die posisie in Engeland betreffende *ultra vires*-handelinge in ooreenstemming te bring met die posisies in ander EEG-lande.⁹⁶

By die lees van bogenoemde artikel is dit duidelik dat goeie trou as 'n absolute vereiste gestel word. Dit beteken dat 'n derde te goeder trou moes gehandel het

94 Directive 68/151 9/3/68 DJ 1868 L65/8.

95 Wet 68 van 1972 van die Europese Unie.

indien hy die maatskappy op grond van 'n *ultra vires*-handeling aanspreeklik wou hou. Daar word egter vermoed dat 'n derde *bona fide* gehandel het, en enige persoon wat anders beweer dra dus die bewyslas om dit inderdaad te bewys. Farrer en Powles⁹⁷ gaan verder en beweer dat slegs 'n gebrek aan *bona fides* wat met bedrog gelyk gestel kan word, die derde party daarvan sal weerhou om hom op die *ultra vires*-handeling van die maatskappy te beroep. Daar kan egter nie met hierdie standpunt saamgestem word nie. Hierdie interpretasie van Farrer en Powles blyk nie die bedoeling van die wetgewer akkuraat weer te gee nie, aangesien 'n blote gebrek aan *bona fides* voldoende behoort te wees om die derde party daarvan te weerhou om hom op die *ultra vires*-handeling van die maatskappy te beroep.

Dit is verder interessant om op die volgende aspekte rakende artikel 9(1) van die *European Communities Act* te let:

Sommige skrywers⁹⁸ voel dat die artikel slegs beskerming bied aan derdes en nie aan die maatskappy self nie. Daar moet hiervan verskil word. Dit is so dat die artikel nie direkte beskerming aan die maatskappy bied nie, deurdat die derde party aanspreeklikheid kan ontkom deur aan te toon dat die handeling *ultra vires* die maatskappygrondwet was. Die artikel bied egter wel indirekte beskerming aan die maatskappy deurdat 'n derde daarvan weerhou word om hom op die *ultra vires*-handeling van die maatskappy te beroep indien hy *mala fide* gehandel het.

Die artikel sal slegs geld waar die handeling nie onwettig is nie of indien die handeling nie ingevolge die Wet deur die algemene vergadering verrig moes gewees het nie.⁹⁹ Die bewyslas rus by die maatskappy om kennis by die derde aan te toon.¹⁰⁰ Die gebruik van die woord "directors" is uiters ongelukkig aangesien dit waarskynlik beteken direkteure wat as direksie optree. Artikel 9(1) dek dus waarskynlik nie gevalle waar 'n ander orgaan namens die maatskappy optree nie.¹⁰¹

Die posisie in Engeland was deur artikel 35 van die *Companies Act*¹⁰² gereël. Hierdie artikel stem grotendeels ooreen met artikel 9(1). Artikel 35 lees soos volg:

96 Benade 1972:281; *TCB Ltd v Gray* (1986) 1 All ER 587 Ch:596.

97 Farrer en Powles 1973:270.

98 McLennan 1979:341.

99 Gower 1992:185.

100 *International Sales and Agencies Ltd v Marcus* 1982 3 All ER 551:560.

101 Collier en Sealy 1973:4.

102 *Companies Act* 1985 hoofstuk 6.

- (1) In favour of a person dealing with a company in good faith any transaction decided on by the directors is deemed to be one which it is within the capacity of the company to enter into, and the power of the directors to bind the company is deemed to be free of any limitation under the memorandum or articles.
- (2) A party to a transaction so decided on is not bound to enquire as to the capacity of the company to enter into it or as to any such limitation on the powers of the directors, and is presumed to have acted in good faith unless the contrary is proved.

8.1.3 Enkele toepassings van artikel 9(1) van die European Communities Act

In *International Sales and Agencies Ltd v Marcus*¹⁰³ bevind die hof dat daar vir interpretasiedoeleindes van artikel 9(1) ook op artikel 9(1) van die riglyne ag geslaan kan word. Die hof bevind ook verder dat artikel 9(1) slegs van toepassing is op die regsverpligtinge van maatskappye teenoor derdes. Die doel van artikel 9(1) is om onskuldige derdes wat ooreenkomste met maatskappye aangaan van die onbillike werking van die *ultra vires*-leerstuk te beskerm. Die hof bevind verder dat die toets vir die afwesigheid van *bona fides* aan die kant van die derde party hang af van die werklike kennis dat die handeling inderdaad *ultra vires* is.

In *TCB Ltd v Gray*¹⁰⁴ het die hof beslis dat die doel van artikel 9(1) van beide die Wet en riglyn is om persone wat *bona fide* met maatskappye handelinge aangaan te beskerm teen die beperking van die maatskappy se bevoegdhede of sy reëls van interne bestuur. Hierdie doel word op die volgende maniere bewerkstellig: alle transaksies word geag gemagtig te wees deur die maatskappy; en dit word geag dat die direkteure die maatskappy sonder beperkings kan bind. Verder skaf die tweede gedeelte van artikel 9(1) die leerstuk van toegerekende kennis af en versterk gevolglik die benadering dat direkteure die maatskappy sonder beperkings kan bind.

Die hof maak ook verder die volgende stelling oor die werking van artikel 9(1):

It being the obvious purpose of the section to obviate the commercial inconvenience and frequent injustice caused by the old law, I approach the construction of the section with a great reluctance to construe it in such a way as to reintroduce, through the back door, any requirement that a third party acting in good faith must still investigate the regulating documents of a company.

103 1982 3 All ER 551 QBD:560.

104 1986 1 All ER 587 Ch.

8.1.4 Die doelstellingsklousule

Net soos in die Suid-Afrikaanse reg het die Engelse reg ook die daarstelling van 'n doelstellingsklousule vereis.¹⁰⁵ Daar is ook aanvullende doelstellingsklousules toegelaat en, net soos in Suid-Afrika, is hierdie aanvullende doelstellings uiters breedvoerig opgestel om elke moontlike vorm van besigheid waarin die maatskappy betrokke kon raak, te dek. Aan die einde van elke aanvullende doelstelling is dit meestal in die vorm van 'n algemene klousule duidelik uitgestip dat elke aanvullende doelstelling ook as die hoofdoelstelling van die maatskappy kon dien.¹⁰⁶

Die eerste statutêre wysiging van die posisie rakende die doelstellingsklousule van 'n maatskappy het in 1989 plaasgevind en word in artikel 3A van die 1985 *Companies Act* vervat.¹⁰⁷ Artikel 3A bepaal in wese dat waar die akte van 'n maatskappy dit duidelik stel dat die maatskappy sake as 'n algemene handelsmaatskappy dryf, die maatskappy by magte is om enige handeling te verrig wat insidenteel tot die dryf van die besigheid van die maatskappy is. Hierdie artikel het grotendeels bygedra tot die verkorting van die doelstellingsklousules van die maatskappy.¹⁰⁸

'n Verdere wysiging is in 1989 aangebring deurdat artikel 4 van die 1985 *Companies Act* die maatskappy toegelaat het om sy doelstellings deur middel van 'n spesiale resoluëie te eniger tyd en om enige rede te wysig. Hierdie wysiging is egter onderhewig aan die bepalings van artikel 5 van die 1985-Wet wat bepaal dat die houers van 'n belang van ten minste 15% in die maatskappy, of in die geval van 'n maatskappy sonder aandelekapitaal, ten minste 15% van die aandeelhouders 'n aansoek binne 21 dae na die neem van die spesiale resoluëie tot die Hof kan bring om die wysiging van die doelstellings van die maatskappy nietig te verklaar.

105 Artikel 2(1)(c) *Companies Act* van 1985.

106 Sien *Cotman v Brougham* [1918] AC 514.

107 *Morse et al* 1999:51. Hierdie wetswysiging het plaasgevind as gevolg van die aanbevelings wat in hierdie verband deur die Prentice-verslag gemaak is. Griffin 1991:40.

108 *Morse et al* 1999:51. Artikel 3A bepaal soos volg: "Where the company's Memorandum states that the object of the company is to carry on business as a general commercial company –
(a) the object of the company is to carry on any trade or business whatsoever, and
(b) the company has power to do all such things as are incidental or conducive to the carrying on of any trade or business by it."

Daar is in 2006 'n nuwe *Companies Act* in Engeland gepromulgeer. Hierdie wet het nuwe bepalings aangaande die doelstellingsklousules van 'n maatskappy in artikel 31 bevat. Artikel 31 lees soos volg:

31 Statement of company's objects

(1) Unless a company's articles specifically restrict the objects of the company, its objects are unrestricted.

(2) Where a company amends its articles so as to add, remove or alter a statement of the company's objects—

(a) it must give notice to the registrar,

(b) on receipt of the notice, the registrar shall register it, and

(c) the amendment is not effective until entry of that notice on the register.

(3) Any such amendment does not affect any rights or obligations of the company or render defective any legal proceedings by or against it.

(4) In the case of a company that is a charity, the provisions of this section have effect subject to—

(a) in England and Wales, section 64 of the Charities Act 1993 (c. 10);

(b) in Northern Ireland, Article 9 of the Charities (Northern Ireland) Order 1987 (S.I. 1987/2048 (N.I. 19)).

(5) In the case of a company that is entered in the Scottish Charity Register, the provisions of this section have effect subject to the provisions of the Charities and Trustee Investment (Scotland) Act 2005 (asp 10).

Die 2006 *Wet* verskil nie veel van die 1989 *Wet* insover dit die doelstellingsklousule van 'n maatskappy aanbetref nie. Daar word egter wel vereis dat indien die doelstellingsklousule van 'n maatskappy gewysig word dit by die Registrateur geregistreer moet word.

8.1.5 Statutêre wysigings van die *ultra vires*-leerstuk

Die eerste statutêre wysiging van die *ultra vires*-leerstuk het plaasgevind met die byna woordelike oornam van artikel 9(1) van die *European Communities Act* van 1972 in die vorm van artikel 35¹⁰⁹ van die *Companies Act* van 1985. Hierdie artikel het bepaal dat enige handeling wat deur die direkteure met 'n *bona fide*-derde

109 Artikel 35 van die *Companies Act* van 1985 lees soos volg:

“(1) In favour of a person dealing with a company in good faith, any transaction decided on by the directors is deemed to be one which it is within the capacity of the company to enter into, and the power of the directors to bind the company is deemed to be free of any limitation under the memorandum or articles.

(2) A party to a transaction so decided on is not bound to enquire as to the capacity of the company to enter into it or as to any such limitation on the powers of the directors, and is presumed to have acted in good faith unless the contrary is proved.”

aangegaan is, geag binne die vermoë van die maatskappy te wees. Goeie trou is vermoed by die derde tensy die teendeel bewys kon word en daar is nie van die derde verwag om ondersoek na die vermoë van die maatskappy in te stel nie (die effek van die leerstuk van toegerekende kennis is dus in wese omgekeer).

Die artikel het grootskaalse kritiek ontlok vir die gebrekkige beskerming wat aan derde partye gebied is en vir die feit dat dit nie op skenkings van toepassing was nie.¹¹⁰ Verdere kritiek wat teen die artikel uitgespreek is, is dat die artikel nie 'n definisie van goeie trou bevat het nie, en dat die artikel die vereiste gestel het dat die besluit deur die direkteure geneem moes wees. Net soos in Suid-Afrika het die vraag ontstaan wat presies met die term "direkteure" bedoel is. Moes die besluit op 'n direksievergadering deur al die direkteure geneem gewees het? Kon dit individueel deur elke direkteur geneem gewees het of kon dit deur 'n besturende direkteur aan wie die nodige volmag gedelegeer is geneem gewees het?¹¹¹

'n Aantal sake is beslis ingevolge hierdie artikel.¹¹² Daar is egter 'n sterk behoefte ervaar dat die gebreke van artikel 35 reggestel moes word. Hierdie behoefte het daartoe gelei dat professor Dan Prentice aangestel is om verbeteringe voor te stel wat sou lei tot die aansuiwering van die gebreke van artikel 35. Die Prentice-verslag het in 1986 die lig gesien en 'n aantal van sy aanbevelings is in die 1989 *Companies Act* vervat.¹¹³

As gevolg van die algemene ontevredenheid met artikel 35 is 'n nuwe artikel 35 in 1989 gepromulgeer, wat soos volg daaruit gesien het:

- (1) The validity of an act done by a company shall not be called into question on the ground of lack of capacity by reason of anything in the company's memorandum.
- (2) A member of a company may bring proceedings to restrain the doing of an act which but for subsection (1) would be beyond the company's capacity; but no such proceedings shall lie in respect of an act to be done in fulfillment of a legal obligation arising from a previous act of the company.

110 Sien Morse *et al* 1999:54 asook Fourie 1996:51; *Re Halt Garage (1964) Ltd* [1982] 3 All ER 1016:1024, per Oliver J.

111 Griffin 1991:39. Sien ook *TCB Ltd v Gray* [1987] Ch 458 waar uitdruklik beslis is dat 'n besluit wat deur al die direkteure individueel geneem is ook onder die trefwydte van artikel 35 tuisgebring kon word.

112 *International Sales & Agencies Ltd v Marcus* [1982] 3 All ER 551; *Barclays Bank v TSOG Trust Fund* [1984] BCLC 16-18; *TCB Ltd v Gray* 1986 Ch 578 affd [1987] Ch 458 CA.

113 Vir 'n volledige bespreking van die Prentice-verslag, sien Pennington 1987:103. Sien ook Griffin 1991:39-40.

- (3) It remains the duty of the directors to observe any limitations on their powers flowing from the company's memorandum.

Elke subartikel sal voorts afsonderlik in oënskou geneem word. Artikel 35(1) skaf in effek die *ultra vires*-leerstuk af, in soverre dit die vermoë van die maatskappy aanbetref. Artikel 35(1) is op alle handeling van toepassing, ongeag die status van die derde party met wie daar gekontrakteer word.¹¹⁴ Hierdie artikel maak dit dus moontlik vir die maatskappy om enige transaksie wat in konflik met sy hoofdoelstelling is, te ratifiseer.¹¹⁵

Alhoewel artikel 35(1) die eksterne werking van die *ultra vires*-leerstuk afgeskaf het, bly die interne werking van die leerstuk steeds relevant. Artikel 35(2) gee aan elke lid 'n persoonlike aksie¹¹⁶ om die maatskappy te verhoed om enige handeling aan te gaan wat indien dit nie vir die werking van artikel 35(1) was nie, *ultra vires* sou gewees het. Die lid kan egter nie die handeling verhoed indien die optrede ter uitvoering van 'n vorige handeling is nie.¹¹⁷ Ten spyte van hierdie kontraktuele reg wat 'n lid het om die maatskappy daarvan te weerhou om *ultra vires*-handeling aan te gaan, het lede nog altyd oor 'n algemene afgeleide aksie beskik om die maatskappy te verhoed om *ultra vires*-handeling aan te gaan.¹¹⁸ Die Prentice-

114 Morse *et al* 1999:54; Griffin 1991:39.

115 Artikel 35 is egter onderhewig aan die bepaling van a 322A van die *Companies Act* van 1985 wat die situasie reël waar die derde met wie die kontrak gesluit word, ook 'n direkteur van die betrokke maatskappy is.

116 Hierdie aksie vloei voort uit a 14 van die *Companies Act* van 1985, wat bepaal dat die akte en statute van die maatskappy die maatskappy en die lede bind asof elke lid afsonderlik die akte en statute onderteken het en daarmee onderneem het om al die bepaling van die akte en statute na te kom. Ten spyte van hierdie kontraktuele reg wat 'n lid het om die maatskappy daarvan te weerhou om *ultra vires* handeling aan te gaan het lede nog altyd oor 'n algemene persoonlike aksie beskik om die maatskappy te verhoed om *ultra vires*-handeling aan te gaan.

117 Die lid kan dus nie die maatskappy verhoed om te presteer ingevolge 'n kontrak wat alreeds op 'n vorige geleentheid gesluit is nie. Sien a 35(2) van die 1985-Wet. Lord Wedderburn het 'n interessante opmerking gemaak oor die term "legal obligation" wat in hierdie verband gebruik word, toe die *Companies Act* in die Parlement ter tafel gelê is. Hy het aangevoer dat die maatskappy altyd een of ander tipe "legal obligation" sou aangaan voor elke kommersiële handeling. Dus het Lord Wedderburn verder geargumenteer dat elke kommersiële handeling buite die trefwydte van die artikel sou wees. Dit sou tot gevolg hê dat 'n aandeelhouer dus in die meeste gevalle van 'n aksie ontnem sou wees. Hierdie argument van Lord Wedderburn blyk redelik wel deurdag en oortuigend te wees. Die enigste twee maniere waarop hierdie subartikel dus toepassing sou kon vind, sou wees waar die aandeelhouer tussenbeide tree voordat enige ooreenkoms bereik is, of waar die howe 'n ander interpretasie aan die term "legal obligation" heg. Sien ook in hierdie verband Griffin 1991:41.

118 Bowen 1995:54. Bowen voer aan dat hierdie aksie in die volgende sake toegepas is: *Coleman v Eastern Counties Railway Company* (1846) 10 Beav 1 50 ER 481. Asook in *Simpson v Westminster Palace Hotel Co.* (1860) 8 H.L. Cas. 712.

verslag¹¹⁹ maak die opmerking dat dit bitter weinig sal gebeur dat 'n aandeelhouer vroeg genoeg omtrent 'n *ultra vires*-handeling ingelig sal word (indien hy kennis dra van die inhoud van die doelstellingsklousules van die maatskappy) sodat hy inderdaad die handeling sal kan verhoed deur die instelling van 'n persoonlike aksie. Daar moet met die bevindings van die Prentice-verslag saamgestem word en alhoewel die beskerming van 'n aandeelhouer groter in die geval van 'n klein privaat maatskappy is, bied hierdie subartikel weinig beskerming aan aandeelhouders in 'n groot maatskappy waar daar 'n wesenlike onderskeid tussen die bestuur en aandeelhouding van die maatskappy is.

Artikel 35(3) bepaal dat die direkteure hul pligte aan die maatskappy verskuldig is en gevolglik kan die maatskappy enige pligskending in hierdie verband deur middel van 'n spesiale besluit ratifiseer.¹²⁰ Hierdie ratifikasie mag dit nie ten doel hê om die aanspreeklikheid van die direkteure in te perk nie; 'n afsonderlike spesiale besluit word hiervoor vereis. Spesiale besluite word in hierdie verband vereis aangesien dit 'n *de facto*-wysiging van die maatskappy se doelstellingsklousule tot gevolg het.¹²¹

Indien die direkteure nie volgens hul pligte in terme van artikel 35(3) optree nie, kan derde partye wat by hierdie pligskendings betrokke is aanspreeklikheid teenoor die maatskappy ooploop, as sogenaamde “constructive trustees”, indien hulle vooraf kennis gedra het van die pligskending. Hierdie aanspreeklikheid kan slegs deur 'n spesiale besluit opgesê word.¹²² Bowen¹²³ gee egter toe dat hierdie reg onseker is in terme van die 1985-Wet.¹²⁴

Die wetgewer in Engeland het aan die einde van die 20ste eeu 'n hervormingsproses van die Engelse Maatskappyereg van stapel gestuur. Die resultaat hiervan was die aanvaarding van die *Companies Act* van 2006. Die aspekte rakende die vermoë van die maatskappy word in Hoofstuk 4 van hierdie wet gereël. Artikels 39 en 40 is van uiterste belang en lees soos volg:

39 A company's capacity

(1) The validity of an act done by a company shall not be called into question on the ground of lack of capacity by reason of anything in the company's constitution.

(2) This section has effect subject to section 42 (companies that are charities).

119 Prentice Report:15 en 61.

120 Griffin 1991:41.

121 Morse *et al* 1999:56.

122 Sien artikel 35(3) asook Morse *et al* 1999:56.

123 1995:54.

40 Power of directors to bind the company

(1) In favour of a person dealing with a company in good faith, the power of the directors to bind the company, or authorise others to do so, is deemed to be free of any limitation under the company's constitution.

(2) For this purpose—

(a) a person “deals with” a company if he is a party to any transaction or other act to which the company is a party,

(b) a person dealing with a company—

(i) is not bound to enquire as to any limitation on the powers of the directors to bind the company or authorise others to do so,

(ii) is presumed to have acted in good faith unless the contrary is proved, and

(iii) is not to be regarded as acting in bad faith by reason only of his knowing that an act is beyond the powers of the directors under the company's constitution.

(3) The references above to limitations on the directors' powers under the company's constitution include limitations deriving—

(a) from a resolution of the company or of any class of shareholders, or

(b) from any agreement between the members of the company or of any class of shareholders.

(4) This section does not affect any right of a member of the company to bring proceedings to restrain the doing of an action that is beyond the powers of the directors. But no such proceedings lie in respect of an act to be done in fulfilment of a legal obligation arising from a previous act of the company.

(5) This section does not affect any liability incurred by the directors, or any other person, by reason of the directors' exceeding their powers.

(6) This section has effect subject to—

section 41 (transactions with directors or their associates), and

section 42 (companies that are charities).

Dit is interessant om op die verskille tussen artikel 35 van die 1985 en 1989 *Companies Acts* en Artikels 39 en 40 van die 2006 *Companies Act* te let. Die vereiste dat 'n derde *bona fide* moet handel word behou in sover dit die bevoegdheid van direkteure om die maatskappy te bind aanbetref. Die keuse van die term “directors” is net soos in Suid-Afrika 'n ongelukkige een, beteken dit dat daar altyd meer as een direkteur moes optree, of dui dit dalk op optrede deur die direksie of bloot die handeling van 'n direkteur vir die doeleindes van artikels 43 tot 50 van die *Companies Act* van 2006? Indien enige ander agent van die maatskappy egter

namens die maatskappy handel word dit nie meer vereis dat die derde *bona fide* moet handel nie.¹²⁵

Artikel 40(2)(b)(iii) is veral 'n vreemde bepaling aangesien dit duidelik gestel word dat 'n derde nie noodwendig beskou kan word dat hy *mala fide* optree bloot vanweë die feit dat hy kennis gedra het van 'n beperking van die betrokke direkteur se bevoegdhede wat in die grondwet van die maatskappy vervat is nie. Dit blyk dat die wetgewer die beskerming van 'n derde party dus uitgebrei het. Die wetgewer het egter ook probeer om 'n maatskappy te beskerm teen gebondenheid wat teweeg gebring word deur die handeling van ongemagtigde maatskappyvertegenwoordigers, deur 'n ingewikkelde stel reëls¹²⁶ te formuleer ingevolge waarvan maatskappydokumente verly moet word, asook onder meer die aanvaarding van 'n "common seal"¹²⁷ van die maatskappy, soos wat in Australië aangetref word.

Na bogenoemde bespreking behoort dit duidelik te blyk dat die Engelse wetgewing met betrekking tot *ultra vires* uiters verwarrend en totaal onbevredigend is.¹²⁸ Daar kan in 2006 steeds ten sterkste met Ferran¹²⁹ se standpunt saamgestem word:

...the relevant provisions of the legislation are technically defective...Nevertheless, it is regrettable that new legislation in such an important area of English company law should be so uncertain in its effect that the best advice is simply to ignore it and to carry on as if nothing had changed and the *ultra vires* rule and its relatives, such as the constructive notice rule, retained their full force and effect.

8.2. VSA

8.2.1. Die gemeenregtelike posisie

Die gemeenregtelike beginsel dat 'n handeling wat *ultra vires* was ongeldig is, bloot vanweë die feit dat dit buite die bevoegdhede van die maatskappy geval het, het oorspronklik ongekwalifiseerd in die VSA gegeld. Die federale howe het *ultra vires*-handeling as nietig beskou weens die gebrek aan vermoë van die korporasie.¹³⁰

125 Sien artikel 39 van die *Companies Act* van 2006.

126 Artikels 43-50 van die *Companies Act* van 2006.

127 Artikel 45 van die *Companies Act* van 2006.

128 Sien Fourie 1996:52-53 asook Bennet 1990:396.

129 Gower 1992:185.

130 Schaeftler 1983:82 voetnoot 3. Sien ook *Central Transportation Co v Pullman's Palace Car Co* 139 US 24, 59 (1891).

Verskeie state in die VSA het hierdie siening van die federale howe nagevolg.¹³¹ Hierdie toepassing van die gemeenregtelike *ultra vires*-leerstuk het tot onbillikheid en ongewenste resultate gelei.¹³² Die gemeenregtelike leerstuk is gevolglik geleidelik aangepas om die werking van die leerstuk te temper.

Voorbeelde van hierdie aanpassings is die volgende: Indien die transaksie volledig deur beide partye verly is, kan die transaksie nie op grond van die *ultra vires*-leerstuk aangeveg word nie;¹³³ indien die transaksie gedeeltelik verly is, mag die *ultra vires*-leerstuk toegepas word en die leerstukke van estoppel, ongeregverdigde verrykking sowel as billikheid mag toegepas word om die impak van die *ultra vires*-leerstuk te temper;¹³⁴ *ultra vires*-handelinge mag deur al die aandeelhouers geratifiseer word;¹³⁵ en direkteure en verteenwoordigers wat veroorsaak dat die maatskappy *ultra vires*-handelinge verrig, as gevolg waarvan die maatskappy verliese ly, is nie outomaties persoonlik aanspreeklik vir die betrokke skade nie. Indien daar sprake van 'n *ultra vires*-handeling is, sal die howe meer geredelik die "corporate veil pierce" of andersins die direkteure persoonlik aanspreeklik hou vir die skade wat gely is.¹³⁶

8.2.2. Statutêre ingrype

Daar is egter besef dat die situasie slegs by wyse van statutêre ingrype berekder kon word. Die eerste staat wat die probleem statutêr probeer oplos het, was Vermont in 1915.¹³⁷ Die volgende staat wat die probleem deur middel van wetgewing probeer oplos het, was Ohio in 1927.¹³⁸

Die enkele ontwikkeling wat die werking van die *ultra vires*-leerstuk die sterkste beïnvloed het was die statutêre bepaling soos vervat in § 3.04 van die *Model Business Corporations Act* van 1984.¹³⁹

131 Schaeflter 1983:82 voetnoot 3.

132 Sien Schaeflter 1983:82 voetnoot 4.

133 Schaeflter 1983:82 voetnoot 3. Sien ook *Herbert v Sullivan* 123 F.2d 477 (1st Cir.1941).

134 *Goodman v Ladd Estate Co* 427 P.2d 102 (Or.1967).

135 *Lurie v Arizona Fertilizer & Chemical Co* 421 P.2d 330 (Ariz.1966).

136 *Lurie v Arizona Fertilizer & Chemical Co*, 421 P.2d 330 (Ariz.1966).

137 Schaeflter 1983:83 voetnoot 5.

138 *Ohio General Corporations Act* van 1927.

139 Hierdie bepaling is 'n aanpassing van artikel 7 van die *Model Business Corporation Act* van 1971 wat op sy beurt 'n aanpassing was van § 6 van die *Model Business Corporation Act* van 1950. Artikel 7 van die 1971-Wet het soos volg bepaal:

"No act of a corporation and no conveyance or transfer of real or personal property to or by a corporation shall be valid by reason of the fact that the corporation was

- a) Except as provided in subsection (b), the validity of corporate action may not be challenged on the ground that the corporation lacks or lacked power to act.
- b) A corporation's power to act may be challenged:
 - (1) in a proceeding by a shareholder against the corporation to enjoin the act;
 - (2) in a proceeding by the corporation, directly, derivatively, or through a receiver, trustee, or other legal representative, against an incumbent or former director, officer, employee, or agent of the corporation; or
 - (3) in a proceeding by the Attorney General.
- c) In a shareholder's proceeding under subsection (b)(1) to enjoin an unauthorized corporate act, the court may enjoin or set aside the act, if equitable and if all affected persons are parties to the proceeding, and may award damages for loss (other than anticipated profits) suffered by the corporation or another party because of enjoining the unauthorized act."

Hierdie statutêre bepaling (wat in die meeste state onveranderd ingevoer is) het die impak en belangrikheid van die *ultra vires*-leerstuk wesenlik beperk.¹⁴⁰

8.2.3. Ander faktore wat die werking van die *ultra vires*-leerstuk beïnvloed

Behalwe vir bogeneomde statutêre bepaling is daar ook drie ander faktore wat die werking van die *ultra vires*-leerstuk wesenlik in die VSA beperk. Hierdie faktore kan soos volg opgesom word: die gebruik van meervoudige doelstellingsklousules, asook

without capacity or power to do such act or to make or receive such conveyance or transfer, but such lack of capacity or power may be asserted:

- (a) In a proceeding by a shareholder against the corporation to enjoin the doing of any act or the transfer of real or personal property by or to the corporation. If the unauthorized act or transfer sought to be enjoined is being, or is to be, performed or made pursuant to a contract to which the corporation is a party, the court may, if all of the parties to the contract are parties to the proceeding and if it deems the same to be equitable, set aside and enjoin the performance of such contract, and in so doing may allow to the corporation or to the other parties to the contract, as the case may be, compensation for the loss or damage sustained by either of them which may result from the action of the court in setting aside and enjoining the performance of such contract, but anticipated profits to be derived from the performance of the contract shall not be awarded by the court as a loss or damage sustained.
- (b) In a proceeding by the corporation, whether acting directly or through a receiver, trustee, or other legal representative, or through shareholders in a representative suit, against the incumbent or former officers or directors of the corporation.
- (c) In a proceeding by the Attorney General, as provided in this Act, to dissolve the corporation, or in a proceeding by the Attorney General to enjoin the corporation from the transaction of unauthorized business.

140 Hamilton 1997:151.

die gebruik van breë algemene doelstellingsklousules;¹⁴¹ die statutêre uitbreiding van die algemene bevoegdheid waaroor elke korporasie beskik; en die bevoegdheid waaroor 'n korporasie beskik om sy akte van oprigting te wysig, ten einde transaksies wat voor die wysiging *ultra vires* sou gewees het, inderdaad *intra vires* te maak.¹⁴²

Sommige skrywers¹⁴³ voel dat die *ultra vires*-leerstuk tot 'n groot mate uitgedien geraak het in die Amerikaanse reg. Die rede hiervoor is die ontwikkeling van meervoudige doelstellingsklousules wat die maatskappy toelaat "...to engage in any lawful business..."¹⁴⁴ en die redelike gemak waarmee doelstellingsklousules gewysig kan word. Ten spyte van bogenoemde het *ultra vires*-situasies steeds kop uitgesteek en problematiese uitlegte van die leerstuk tot gevolg gehad.¹⁴⁵ Die Amerikaanse wetgewer het ingegryp en artikel 7 van die 1950-*Model Act*¹⁴⁶ daargestel.

141 Sien Lattin 1971:217 vir 'n volledige bespreking van algemene doelstellingsklousules wat in verskeie state aangetref word. Sien ook Schaeflter 1983:89. Die sertifikaat van inlywing mag aandui dat die korporasie betrokke mag raak by "any lawful activity" 'n voorbeeld hiervan is § 54(c) van die Model Business Corporation Act wat soos volg lees: "The purpose or purposes for which the corporation is organized which may be stated to be, or to include, the transaction of any or all lawfull business for which corporations may be incorporated under this act."

142 Hamilton 1997:152.

143 Hamilton 2000: 95; Hamilton 1997:151; Schaeflter 1983:86. Sien ook Greenfield 2001:1280 vir 'n alternatiewe opinie in hierdie verband. Hy voer aan dat daar 'n kontraktuele plig op die beamptes van 'n korporasie rus om die landswette te gehoorsaam. Hy voer aan dat hierdie plig voortvloei uit die *ultra vires*-leerstuk.

144 Gevurtz 2000:221. Sien ook *Jacksonville M P. Ry & Nav Co v Hooper* 160 U.S. 514 (1896).

145 Hamilton 2000:97. Hovenkamp 1988:76 beskryf die situasie soos volg: "Classical corporate theory both narrowed and privatised *ultra vires*. When one thinks of the corporation as an entity composed of private persons but created by the state for a public purpose, strict scrutiny of corporate powers and activities seems appropriate. On the other hand, when the corporation is simply an alternative form of business organization, it should be able to do the same things as any other business firm. By the 1880s and 1890s courts had retreated from the view that a corporation's powers were defined by a strict construction of its charter. They became much more willing to imply authority from other explicit powers. Even the Supreme Court, which usually construed corporate powers narrowly, held in 1896 that the express power granted to a corporation to run a railroad implied the power to operate a hotel, at least if the hotel was for the convenience of railroad passengers and employees. In 1894, William W. Cook, a prominent corporations treatise writer, noted that traditional *ultra vires* doctrine was disappearing rapidly. By 1998, he proclaimed it dead, at least in state courts." Sien ook *People v The Utica Insurance Company* 15 Johns 357 (NY 1818); *The New York Firemen Insurance Company v Sturges* 2 Cowen 664 (NY 1824); *State v Stebbins* 1 Stew 299 (Ala 1828); *Smith v The Alabama Life Insurance and Trust Company*, 4 (Ala 558 1843).

146 Die voorloper van die 1984 *Model Business Corporations Act* (MBCA).

8.2.4. Gevolgtrekking

Alhoewel die bepalings van die *Model Business Corporations Act* van 1984 die meeste probleme rakende *ultra vires* opgelos het, is daar tog in sommige state aktiwiteite wat deur 'n maatskappy beoefen kan word, wat alhoewel dit blyk in die beoefening van die maatskappy se besigheid te wees, moontlik *ultra vires*-probleme mag skep.

Eerstens kan dit problematies wees indien die korporasie groot donasies aan liefdadigheidsorganisasies of politieke partye bewillig wat geen ooglopende voordeel vir die korporasie inhou nie.¹⁴⁷ Die meeste state maak voorsiening vir hierdie tipe donasies; die vraag ontstaan egter of 'n maatskappy bevoeg is om so 'n tipe donasie te maak waar die bedrag van die donasie buitensporig met inagneming van die maatskappy se finansiële posisie is.¹⁴⁸ Daar word argumente gevoer dat sekere donasies juis tot die bevordering van 'n maatskappy se besigheid kan strek. Direkte politieke bydraes word in die meeste state met sowel siviele as kriminele sanksies strafbaar gestel.¹⁴⁹ Indien die korporasie politieke donasies maak of donasies maak met die oog daarop om wetswysigings teweeg te bring ("lobbying").¹⁵⁰ Alhoewel hierdie sanksies tot konstitusionele litigasie gelei het, word hierdie sanksies steeds toegepas.¹⁵¹

147 Sien *Theodora Holding Corporation v. Henderson* 257 A.2d 398 (Del.Ch.1969). Een van die bepalings in die akte en statute van die "closely held" korporasie het bepaal dat die korporasie "...can make donations for the public welfare or for charitable, scientific or educational purposes." 'n Betaling van \$500 000 is aan 'n liefdadigheidsorganisasie gemaak wat deur die meerderheidsaandeelhouer beheer word. Die korporasie het 'n jaarlikse omset van \$19 000 000 gehad. Deur die jaarlikse omset in ag te neem het die hof bevind dat die donasie inderdaad geldig was en dat die bepaling in die akte en statute so geïnterpreteer moes word, om alle redelike ("reasonable") donasies aan liefdadigheidsorganisasies toe te laat. Sien die bespreking van *A.P. Smith Manufacturing Co v Barlow* 13 N.J. 145, 98 A.2d 581 (1953), *appeal dismissed*, 346 U.S. 861, 74 S.Ct. 107 in *Gevurtz* 2000:222.

148 *Theodora Holding Corporation v Henderson* 257 A.2d 398 (Del. Ch1969).

149 MBCA (1984) artikels 3.02(13) en 3.02(15) het die aspekte in verband met die maak van donasies gekodifiseer.

150 In *Kelly v Bell* 254 A.2d 62 (Del.Ch.1969) het die korporasie sekere betalings van belastinge aan die belastingowerhede gemaak, as gevolg waarvan die belastingowerhede besware aangaande voorgestelde wetgewing onttrek het. Die hof het bevind dat hierdie betalings nie *ultra vires* was nie, maar gesien moes word as donasies aan plaaslike belastingowerhede. Die Hooggeregshof van Delaware het hierdie beslissing bekragtig en verder beveel dat die direkteure van die korporasie nie persoonlike aanspreeklikheid moes ooploop nie aangesien hulle bloot 'n "reasonable business judgement" uitgeoefen het (vir 'n volledige bespreking van hierdie begrip sien *Gevurtz* 2000:374).

151 In *First National Bank v Bellotti* S.Ct.1978 het die United States Supreme Court bevind dat die strafregtelike sanksie in Massachusetts wat maatskappye verhoed om uitgawes aan te gaan om 'n referendum te beïnvloed, ongrondwetlik was. In *Austin v*

Tweedens is die betaling van buitensporige bonusse en ander voordele aan werknemers wat nie in verhouding blyk te wees met die diens wat gelewer is nie, probleem¹⁵² en so ook die toestaan van sogenaamde “golden handshakes”.¹⁵³

’n Derde *ultra vires*-probleem handel oor die vermoë om vennootskappe te sluit. Dit is vroeër in ’n hele aantal sake bevind dat maatskappye nie vennote mag wees nie, aangesien daar moontlik ’n konflik van belange mag ontstaan weens die vertrouensverhouding wat tussen die direkteure en die aandeelhouders aan die een kant en ook teenoor die ander vennote bestaan.¹⁵⁴ Hierdie probleem is egter deur artikel 3.02(9) van die MBCA (1984) opgelos deurdat hierdie statuut bepaal dat ’n maatskappy wel bevoeg is om as vennoot in ’n vennootskap op te tree.

Vierdens kan verwys word na die vermoë van die maatskappy om die aandele van ander maatskappye te bekom. Alhoewel die gemeenregtelike vermoë van maatskappye om aandele in ander maatskappye te bekom beperk is, is hierdie situasie deur artikel 3.02(6) van die MBCA (1984) gewysig wat bepaal dat maatskappye oor die vermoë beskik om belange in beide nasionale sowel as internasionale maatskappye te bekom.

’n Vyfde probleemsituasie is sekerheidstelling waar die korporasie vir ander partye borg staan en dit geen voordeel vir die korporasie inhou nie.¹⁵⁵ Alhoewel maatskappye nie geredelik oor die vermoë beskik om sekerheid te stel nie,¹⁵⁶ is die situasie deur artikel 3.02(7) van die MBCA (1984) verander. ’n Verdere *ultra vires*-

Michigan Chamber of Commerce S.Ct.1990 het dieselfde hof egter bevind dat “narrowly drawn” beperkings op die politieke uitsprake van maatskappye wel grondwetlik was.

152 MBCA (1984) artikel 3.02(12) spreek hierdie aspek aan.

153 In *Adams v Smith* 153 So.2d 221 (Ala.1963) is bevind dat sekere uitbetalings wat deur die direksie gemaak is aan die weduwees van twee direksieledes wat gesterf het, *ultra vires* was aangesien daar nie in die bepaalde omstandighede enige teenprestasie vir die korporasie was nie. Soortgelyke betalings is egter al wel deur sommige houe aanvaar as geldige werknemersvergoeding, sien *Chambers v Beaver-Advanced Corporation* 140 A.2d 808 (Pa.1958).

154 *Whittenton Mills v Upton* 76 Mass. 582 (1858).

155 In *Real Estate Capital Corporation v Thunder Corporation* 287 N.E.2d 838 (Ohio Com.Pleas 1972) het X-korporasie, wat ’n 80%-belang in Y-korporasie gehou het, Y-korporasie beveel om ’n tweede verband oor sy eiendom op te neem ten einde as sekuriteit te dien vir ’n lening wat aan een van X-korporasie se volfilliale gemaak is. Die hof het bevind dat die aangaan van die tweede verband ’n *ultra vires*-handeling daargestel het en op aandrang van die minderheidsbelanghouders (van 20%) ter syde gestel kon word.

156 *Brinson v Mill Supply Co* 219 N.C. 498, 14 S.E.2d 505 (1941).

probleemsituasie is die toestaan van lenings aan direkteure of ander beamptes.¹⁵⁷ Artikel 3.02(11) van die MBCA (1984) bepaal dat 'n maatskappy direkteure, beamptes, agente en werknemers mag aanstel en "...lend them money and credit..." Die MBCA van 1984 plaas geen spesiale beperkinge op die toestaan van lenings aan beamptes of direkteure van die maatskappy nie. Die wetgewing is egter nie onveranderd in al die state aanvaar nie. Die 1969-*Model Act* het die toestaan van enige lening aan 'n beampte of direkteur van die maatskappy *ultra vires* gemaak. Die rede hiervoor was dat daar gevrees is dat hierdie soort lening maklik deur persone in magtposisies misbruik kon word. In 1988 is die 1984-*Model Act* egter soos hierbo gewysig en is die tendens tans om onbeperk lenings aan direkteure toe te staan.¹⁵⁸

Daar moet in gedagte gehou word dat indien bogenoemde transaksies nie uitdruklik in die korporasie se akte en statute genoem word nie, 'n hof oor die inherente bevoegdheid beskik om te bevind dat die korporasie wel een van bogenoemde transaksies geldiglik kon aangaan.¹⁵⁹

Die posisie in die VSA rondom *ultra vires* word dus deur die *Model Business Corporations Act*¹⁶⁰ en verskeie ander statute van die onderskeie state gereël. Ingevolge die huidige bedeling kan die geldigheid van 'n korporatiewe handeling nie aangeveg word op grond daarvan dat dit die maatskappy se bevoegdhede oorskry nie, behalwe in drie uitsonderingsgevalle: 'n aksie van die aandeelhouers om die maatskappy daarvan te weerhou om 'n *ultra vires*-handeling aan te gaan; 'n direkte of afgeleide aksie teen die persoon wat namens die maatskappy die *ultra vires*-handeling aangegaan het; en 'n aksie deur die prokureur-generaal wat daarop gemik is om die maatskappy te ontbind.¹⁶¹

157 Hamilton 2000:103.

158 Hamilton 2000:103.

159 Sien *Union Pac. Railroad Co v Trustees Inc.* 328 P.2d 398 (Utah 1958) waar die hof bevind het dat die korporasie inderdaad 'n donasie aan 'n liefdadigheidsorganisasie kon maak. Sien ook Hamilton 1997:152-153.

160 1984.

161 Gevurtz 2000:227, asook O'Kelley en Thompson 1999:672. Sien Schaeftler 1983:89-91 waar die skrywer daarop wys dat daar in 44 state in die sewentigs en vroeë tagtigs geen aksies deur die Prokureur-Generaal geloods is ten einde 'n maatskappy te ontbind as gevolg van 'n *ultra vires*-handeling nie. Daar was gesamentlik tien aksies in hierdie tydperk in Kalifornië, Colorado en Mississippi geloods. Daar is verskeie redes aangevoer waarom daar so min aksies in hierdie verband van stapel gestuur is. Sien Schaeftler 1983:91-92 in hierdie verband. Die vernaamste rede blyk egter die breë doelstellingsklousules te wees wat vir korporasies toegelaat word. Schaeftler 1983:93 bepleit heel oortuigend die verwydering van hierdie bepaling wat die staat bemagtig om 'n korporasie te ontbind as gevolg van 'n *ultra vires*-handeling, aangesien hy voel dat só 'n bepaling nie tred hou met die veranderings wat in die moderne korporatiewe wêreld plaasgevind het nie.

Daar moet egter verder in gedagte gehou word dat aangesien *ultra vires* nie uitdruklik in die VSA afgeskaf is nie, dit moontlik kan wees dat onregmatige aktiwiteite, sowel as aktiwiteite wat nie die besigheidsoogmerk van die maatskappy bevorder nie, steeds *ultra vires* mag wees.¹⁶²

8.3. Australië

8.3.1. Inleiding

In Australië is die doelstellings van die maatskappy ook sodanig breed geformuleer dat dit die uitwerking van die *ultra vires*-leerstuk dramaties ingeperk het. Die *ultra vires*-leerstuk was beskou as 'n "trap for the naïve and unlucky". Die wetgewer moes egter ingryp om die anomaliese oorblyfsels van die *ultra vires*-leerstuk te verwyder. Dit is gedoen deur die promulgasie van artikels 160, 161 en 162 van die *Companies Act* van 1984.¹⁶³ Hierdie artikels het op 1 Januarie 1984 in werking getree.¹⁶⁴

Artikel 160 maak dit duidelik dat dit die oogmerk van artikels 161 en 162 is om die *ultra vires*-leerstuk af te skaf. Die effek van hierdie drie artikels is dat die *ultra vires*-leerstuk slegs in baie beperkte omstandighede¹⁶⁵ steeds toepassing vind.

Die afskaffing van die *ultra vires*-leerstuk teenoor derde partye word bereik deur: Eerstens nie meer te vereis dat maatskappye van doelstellingsklousules gebruik maak nie;¹⁶⁶ en tweedens die maatskappy met dieselfde status as 'n natuurlike persoon te beklee.¹⁶⁷ Hierdie uiters breë bevoegdheid word aan die maatskappy gegee onderhewig aan die ander bepalinge van die Maatskappywet, maar

162 Gevurtz 2000:221. Sien ook Greenfield 2001:1280-1292 waar hy aanvoer dat daar 'n plig op verteenwoordigers van 'n maatskappy rus om wette te gehoorsaam al lei dit nie tot winsmaksimering nie. Hy voer verder aan dat hierdie plig iets eie aan die korporatiewe reg is en dat dit voortvloei uit die *ultra vires*-leerstuk. Daar kan egter nie met Greenfield saamgestem word dat hierdie plig voortvloei uit die *ultra vires*-leerstuk nie. Dit is nie een van die oogmerke van die *ultra vires*-leerstuk om vir hierdie gevalle voorsiening te maak nie. Greenfield se poging is egter te verstane, aangesien hy krampagtig na 'n teenvoeter soek om die argumente dat bestuurders enigiets mag doen wat tot winsmaksimering lei, hok te slaan. Die *ultra vires*-leerstuk is egter nie pasgemaak vir hierdie doel nie.

163 Fourie 1996:53; Tomasic *et al* 1992:169.

164 Artikel 117(2) van die *Corporations Law*. Vir 'n bespreking van die eerste poging om die *ultra vires*-leerstuk uit die Australiese reg te verwyder wat in 1961 plaasgevind het, sien Baxt 1991:147.

165 Die leerstuk is slegs van toepassing op die maatskappy en binnestanders. Sien artikel 162(7).

166 Artikel 117(2).

167 Artikel 161.

nieteenstaande enige beperking wat in die akte en statute vervat is¹⁶⁸ en nieteenstaande die feit dat die handeling nie in die beste belang van die maatskappy is nie.¹⁶⁹

8.3.2. Toepassing van die “moderne” *ultra vires*-leerstuk in Australië

Alhoewel 'n maatskappy nie meer verplig word om doelstellingsklousules in die akte te vervat nie, mag die maatskappy dit steeds doen indien dit so verkies word.¹⁷⁰ Spesifieke beperkings kan ook in die akte vervat word, wat die maatskappy uitdruklik verhoed om sekere bevoegdhede uit te oefen.¹⁷¹ Daar mag verskeie redes wees waarom 'n maatskappy beperkings op sy bevoegdhede wil plaas, een hiervan kan wees om byvoorbeeld voordele wat in terme van die reg aan tipes maatskappye toegestaan word te verkry.¹⁷² Indien die maatskappy hierdie beperkings verontagsaam, oortree die maatskappy artikel 162(2) van die *Companies Act*. 'n Maatskappyverteenwoordiger wat op sy beurt hierdie verbode handeling aangaan oortree artikel 162(3). Die oortreding van artikels 162(2) en 162(3) het egter nie tot gevolg dat die maatskappy of die verteenwoordiger skuldig is aan 'n oortreding nie.¹⁷³ Die handeling is ook nie ongeldig bloot vanweë die oortreding van die beperking nie.¹⁷⁴ Die oortreding van hierdie artikels mag egter bepaalde ander gevolge hê, soos uit die onderstaande sal blyk.

Die oortreding van die beperkings kan slegs in 'n paar spesifieke gevalle opgewerp word. Eerstens by die vervolging van oortredings daargestel deur die *Maatskappywet*.¹⁷⁵ Tweedens in geval van aansoeke wat ingevolge artikel 230 gebring word om 'n persoon te verbied om by die bestuur van 'n maatskappy vir 'n bepaalde tydperk betrokke te wees.¹⁷⁶ Dertens in geval van aansoeke wat ingevolge artikel 260 gebring word ten einde die onbillike bestuur van 'n maatskappy

168 Artikel 161(2) (a) en (b).

169 Artikel 161(3). Hierdeur word die beslissing van *Re Lee Behrens & Co Ltd* [1932] 2 Ch 46 dus uitdruklik omvergewerp.

170 Artikel 117(2).

171 Artikel 162(1).

172 Byvoorbeeld die voordele wat aan 'n maatskappy toegestaan deur die woord “Limited” uit sy naam weg te laat ingevolge artikel 383(2).

173 Artikel 162 (3) en (4).

174 Artikel 162 (5) en (6).

175 Die aangaan van 'n *ultra vires*-handeling kan tot 'n vervolging ingevolge artikel 232 lei; hierdie artikel sal toepassing vind indien 'n direkteur sy statutêre pligte oorskry het. Sien artikel 162(7)(c).

176 'n Persoon kan byvoorbeeld ingevolge artikel 230 verbied word om 'n maatskappy vir 'n bepaalde tydperk te bestuur. Artikel 162(7)(d).

te verhoed.¹⁷⁷ Vierdens in geval van aansoeke ingevolge artikel 1324 om 'n interdik te verkry waarvolgens 'n maatskappy verbied word om 'n bepaalde ooreenkoms te sluit.¹⁷⁸ Voorlaastens kan die oortreding van beperkings opgewerp word by enige optrede (behalwe die verkryging van 'n interdik) wat deur die maatskappy of 'n lid teen enige voormalige of huidige beampte van die maatskappy geneem word.¹⁷⁹ Daar kan in die laaste plek ook op die oortreding van die beperkings staatgemaak word in geval van aansoeke wat deur die Kommissie of deur 'n lid van die maatskappy gebring word, ten einde die maatskappy te ontbind.¹⁸⁰

Die Australiese wetgewer het verder ingegryp en artikels 164-166 van die *Corporations Law*¹⁸¹ gepromulgeer om die anomaliese gevolge van die toepassing van die gemenerereg in hierdie verband verder te beperk. Artikel 164¹⁸² handel met die bevoegdheid van die verteenwoordigers van 'n maatskappy en ook spesifiek met die *Turquand*-reël. Artikel 165¹⁸³ skaf op sy beurt in effek die leerstuk van toegerekende kennis af.

In *ANZ Executors & Trustee Co Ltd v Quintex Australian Ltd*¹⁸⁴ is beslis dat artikels 159-166 van die *Corporations Law* die tradisionele *ultra vires*-leerstuk afgeskaf het in soverre dit die korporatiewe bevoegdheid van die maatskappy aanbetref, maar dat die *ultra vires*-leerstuk steeds van toepassing sal wees waar maatskappyverteenwoordigers hul bevoegdheid oorskry het.¹⁸⁵ Alhoewel hierdie beslissing in ten minste een geval¹⁸⁶ nagevolg is, het die hof kort daarna van hierdie beslissing begin afwyk en is toegegee dat hierdie posisie tot grootskaalse verwarring kan lei.¹⁸⁷

177 Hierdie bepaling word aangewend waar die maatskappy op 'n onbillike wyse bestuur word. Artikel 162(7)(e).

178 Soos reeds hierbo genoem, kan hierdie aansoek nie gebring word indien die maatskappy alreeds die ooreenkoms gesluit het en nou bloot ooreenkomstig dáárdie ooreenkoms presteer nie (artikel 162(8)). Die hof mag egter die maatskappy of 'n bepaalde verteenwoordiger van die maatskappy beveel om skadevergoeding te betaal vir skade wat deur die maatskappy gely is, weens die ooreenkoms wat gesluit is. Artikel 162(7)(f).

179 Artikel 162(7)(g).

180 Artikel 162(7)(h).

181 1989.

182 Sien hoofstuk 7 vir 'n gedetailleerde bespreking van hierdie artikel.

183 Sien hoofstuk 5 vir 'n gedetailleerde bespreking van hierdie artikel.

184 1990 2 ACSR 676.

185 Vir 'n bespreking van hierdie splitsing met betrekking tot die toepassing van die *ultra vires*-leerstuk, sien Baxt 1991:101; Griggs & Nitschke 1993:176; Sneddon 1992:70.

186 *Rolled Steel Ltd v British Steel Corporation* 1986 Ch 246 1983 3 ALL ER 52:302.

187 *Advanced Bank v FAI* 1987 5 ACLC 725, 733-4; *Darvall v North Sydney Brick & Tile Co Ltd* 1988 6 ACLC 1095, 1104-1105.

Die gebruik van 'n doelstellingsklousule is nou opsioneel in Australië.¹⁸⁸ Daar is ook verder gepoog om die *ultra vires*-leerstuk sowel as die leerstuk van toegerekende kennis met wortel en tak uit te roei.¹⁸⁹ Hierdie poging was egter soms halfhartig en het gelei tot verdere onsekerheid, soos duidelik geblyk het uit die beslissing van *ANZ Executors & Trustee Co Ltd v Quintex Australian Ltd*.¹⁹⁰

Teen die 1980's was die werking van die *ultra vires*-leerstuk tot so 'n mate deur statutêre maatreëls getemper dat dit eintlik nie meer 'n faktor in die maatskappyregtelike konteks was nie.¹⁹¹ Daar is slegs drie gerapporteerde sake in Australië van 1971 tot 1990 wat oor *ultra vires* gehandel het, in twee van die drie sake is argumente gebaseer op *ultra vires* verwerp.¹⁹²

Daar is in 1984 gepoog om die *ultra vires*-leerstuk in Australië af te skaf. Dit is gedoen deur die aanvaarding van artikels 161 en 162 van die *Corporations Law* 1984. Artikel 161 het aan 'n maatskappy al die magte van 'n natuurlike persoon besorg. Aangesien 'n maatskappy egter steeds oor doelstellingsklousules mag beskik, bepaal artikel 162 dat indien 'n maatskappy beoog om 'n handeling aan te gaan wat buite die doelstellingsklousule van die maatskappy val, die aandeelhouers of ander belanghebbendes 'n interdik kan aanvra om die maatskappy te verhoed om sodanige handeling te verrig. Indien die maatskappy egter alreeds 'n handeling buite sy vermoënsfeer verrig het, is die handeling geldig en kan dit nie op grond van die beperkings deur die maatskappy opgelê in sy akte aangeveg word nie.

188 Fourie 1996:58.

189 Ten spyte van hierdie pogings worstel die Australiese reg steeds met probleme, selfs na die wetswysigings wat in 1983 plaasgevind het. Vir 'n gedetailleerde bespreking van hierdie probleme sien Willein 1984:256 asook Egbert 1988:73.

190 1990 2 ACSR 676.

191 Burnett 1996:63; Lipton en Herzberg 1988:71; French 1990:47-49. A 67 gee aan elke maatskappy onbeperkte bevoegdheid. Dit beteken dat 'n maatskappy se bevoegdheid om met buitelanders te kontrakteer onbeperk is. Artikel 68 bepaal dat 'n handeling wat buite die vermoë van die maatskappy val slegs toepassing met betrekking tot interne prosedures van die maatskappy het en nie as 'n verweer teen derdes gebruik kan word nie. Artikel 66C dien tot aanvulling van artikels 67 en 68 deurdat dit aanvoer dat die oogmerk van die twee artikels is om *ultra vires* met betrekking tot derdes af te skaf, maar steeds in plek te hou m.b.t. die direkteure en ander beamptes van die maatskappy. Die leerstuk van toegerekende kennis is afgeskaf deur al 68C. Vir 'n volledige bespreking van die leerstuk van toegerekende kennis, sien hoofstuk 5. Vir 'n geskiedkundige agtergrond van die ontwikkeling van die *ultra vires*-leerstuk in Australië tot en met 1960, sien Paterson en Ednie 1962:172-176.

192 Burnett 1996:63.

Maatskappy direkteure en ander beamptes wat handelinge buite die doelstellingsklousule aangegaan het kon persoonlike aanspreeklikheid oploop in terme van artikels 162(8), 230, 232 en 260 van die *Companies Law* 1984.¹⁹³

In *ANZ Executors & Trustee Co Ltd v Quintex Australia Ltd*¹⁹⁴ word 'n argument wat op *ultra vires* gebaseer is en inderdaad suksesvol was aangetref. Om laasgenoemde saak kortliks saam te vat: Q Ltd het geld geleen. As deel van die leningskontrak het Q Ltd onderneem om sy volfiliale as borge vir die skuld te benoem. Hierdie waarborge is egter nie deurgevoer toe Q Ltd in gebreke gebly het om die premies te delg nie. Die applikant het die hof genader om Q Ltd te beveel om sy volfiliale die opdrag te gee om die waarborge op te neem. Die hof het geweier om die bevel te maak en aangevoer dat daar 'n fundamentele reël in die maatskappyereg is wat bepaal dat 'n maatskappy slegs fondse mag aanwend vir die doeleindes van die maatskappy self. Die sekerheidstelling vir Q Ltd se skulde kon nie gesien word as vir die doeleindes van die volfiliaal self nie. Die sekerheidstelling was dus *ultra vires* betreffende die volfiliale. Die hof sou nie 'n aandeelhouer (Q Ltd) beveel om 'n *ultra vires*-handeling te verrig nie. Die hof het verder beslis dat artikels 161 en 162 nie die uitleners van hulp kon wees nie, aangesien die geskil nie tussen die uitleners en die volfiliale was nie (daar was geen kontrak tussen die volfiliale en die uitleners nie). Die hof het beslis dat die situasie anders sou wees indien die volfiliale ook partye tot die ooreenkoms was.

8.3.3. Statutêre ontwikkeling in Australië sedert 1996

Die modernisasie van die Australiese maatskappyereg het begin met die promulgasie van die *Second Corporate Law Simplification Bill* van 1996. Hierdie voorgestelde stuk wetgewing is op sy beurt deur die *Company Law Review Bill* van 1997 vervang. Die *Company Law Review Bill* van 1997 het gelei tot die verordening van die *Company Law Review Act* van 1998 wat wysigings aan die *Corporations Law* van 1989 aangebring het. In 2001 is die 1989 *Corporations Law* herroep en deur die *Corporations Act* van 2001 vervang. Artikels 124 en 125 van die *Second Corporate Law Simplification Bill* 1996¹⁹⁵ het die wysiging van artikels 160-162 van die

193 Burnett 1996:63.

194 (1990) 8 ACLC 980.

195 Dit verwys na die tweede wetsontwerp wat in Julie 1996 deur die Simplification Task Force uitgevaardig is.

Corporations Law van 1989 voorgestel.¹⁹⁶ Hierdie wysigings is aanvaar en opgeneem in die *Corporations Act* van 2001

Artikel 125¹⁹⁷ het voorgestel dat artikels 162(2)-(8) van die *Corporation Law* afgeskaf moes word. Dit sou die effek hê dat enige handeling wat in konflik met die maatskappy se grondwet¹⁹⁸ was, nie meer strydig met die *Corporation Law* sou wees nie. Indien daar dus in stryd met die doelstellings van die maatskappy opgetree sou word, sou dit bloot tot optrede in stryd met die maatskappy se grondwet lei en sou die interne gevolge uitgestip in artikel 162(7) nie meer toepassing gevind het nie. Daar moet met Woodward¹⁹⁹ saamgestem word dat alhoewel hierdie wysigings die verwarring met betrekking tot oortredings van maatskappye se doelstellings in die Australiese maatskappyereg tot 'n groot mate sou verwyder, regsekerheid hier teen 'n hoë prys bekom sou word. Die verwydering van artikel 162(7) sou tot gevolg hê dat lede van een van hul magtigste wapens om volmagoorskrydings van verteenwoordigers of beamptes van 'n maatskappy aan te veg, ontnem sou word. Dit sou veral wesenlike gevolge vir sekere maatskappye hê wat ywerig gebruik maak van die beperking van hul doelstellings.²⁰⁰

Dit is interessant om daarop te let dat die wysigings voorgestel in artikels 124-127 nie die doelstellingklousules van 'n maatskappy sou afskaf nie, aangesien artikels 124 en 125 steeds voorsiening sou maak vir hierdie doelstellingsklousules. Artikel 1414 van die wetsontwerp het verder bepaal dat enige maatskappy wat nie aktiewe stappe geneem het om sy doelstellingsklousules af te skaf nie, steeds oor hierdie doelstellingsklousules sou beskik indien die wetsontwerp aanvaar sou word. Sekere

196 Sien <http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol>. Toegang op 04 Oktober 2006.

197 Artikel 125 lees soos volg:

(1) If a company has a constitution, it may contain an express restriction on, or prohibition of, the company's exercise of any of its powers. The exercise of a power by the company is not invalid merely because it is contrary to an express restriction or prohibition in the company's constitution.

(2) If a company has a constitution, it may set out the company's objects. An act of the company is not invalid merely because it is contrary to or beyond any objects in the company's constitution.

198 Daar word alreeds in artikel 162(1) na die maatskappy se grondwet verwys. Indien hierdie wetsontwerp aanvaar word, sal dit tot gevolg hê dat 'n maatskappy nie meer 'n "memorandum of association" sal hê nie, maar bloot 'n grondwet.

199 1997:162.

200 Maatskappye wat in hierdie kategorie val sou die volgende wees: (a) Organisasies wat sonder winsbejag bedryf word, bv. organisasies ingelyf ingevolge artikel 112 van die *Corporation Law*, sowel as organisasies ingelyf ingevolge artikel 31A van die *Associations Incorporation Act* 1981 (Vic). (b) "Joint venture" Maatskappye. (c) "No liability" Maatskappye, wat gedefinieer word as: "Companies whose memoranda contain a provision stating the objects of the company and whose sole objects are mining purposes." (d) Verskeie professionele praktyke byvoorbeeld regspraktyke ingelyf in terme van artikel 293(2) van die *Legal Practice Act* 1995 (Vic).

maatskappye was ook steeds in terme van die wetsontwerp verplig om van beperkings van hul doelstellings gebruik te maak.²⁰¹ Artikels 124-127 van die *Second Corporate Law Simplification Bill* 1996 is sonder wysiging as artikels 124,²⁰² 125,²⁰³ 126²⁰⁴ en 127²⁰⁵ van die *Corporations Act* van 2001 oorgeneem. Al bogenoemde

201 Byvoorbeeld maatskappye sonder winsbejag sowel as 'legal practice companies'.

202 Artikel 124 lees soos volg:

(1) A company has the legal capacity and powers of an individual both in and outside this jurisdiction. A company also has all the powers of a body corporate, including the power to:

- (a) issue and cancel shares in the company;
- (b) issue debentures (despite any rule of law or equity to the contrary, this power includes a power to issue debentures that are irredeemable, redeemable only if a contingency, however remote, occurs, or redeemable only at the end of a period, however long);
- (c) grant options over unissued shares in the company;
- (d) distribute any of the company's property among the members, in kind or otherwise;
- (e) give security by charging uncalled capital;
- (f) grant a floating charge over the company's property;
- (g) arrange for the company to be registered or recognised as a body corporate in any place outside this jurisdiction;
- (h) do anything that it is authorised to do by any other law (including a law of a foreign country).

A company limited by guarantee does not have the power to issue shares.

Note: For a company's power to issue bonus, partly-paid, preference and redeemable preference shares, see section 254A.

(2) A company's legal capacity to do something is not affected by the fact that the company's interests are not, or would not be, served by doing it.

(3) For the avoidance of doubt, this section does not:

- (a) authorise a company to do an act that is prohibited by a law of a State or Territory; or
- (b) give a company a right that a law of a State or Territory denies to the company.

203 (1) If a company has a constitution, it may contain an express restriction on, or a prohibition of, the company's exercise of any of its powers. The exercise of a power by the company is not invalid merely because it is contrary to an express restriction or prohibition in the company's constitution.

(2) If a company has a constitution, it may set out the company's objects. An act of the company is not invalid merely because it is contrary to or beyond any objects in the company's constitution.

204 (1) A company's power to make, vary, ratify or discharge a contract may be exercised by an individual acting with the company's express or implied authority and on behalf of the company. The power may be exercised without using a common seal.

(2) This section does not affect the operation of a law that requires a particular procedure to be complied with in relation to the contract.

205 (1) A company may execute a document without using a common seal if the document is signed by:

- (a) 2 directors of the company; or
- (b) a director and a company secretary of the company; or
- (c) for a proprietary company that has a sole director who is also the sole company secretary – that director.

Note: If a company executes a document in this way, people will be able to rely on the assumptions in subsection 129(5) for dealings in relation to the company.

(2) A company with a common seal may execute a document if the seal is fixed to the document and the fixing of the seal is witnessed by:

- (a) 2 directors of the company; or

kritiek is dus ook op artikels 124-127 van die *Corporations Act* van 2001 van toepassing.

Dit is duidelik dat daar in Australië gepoog is om finaal van die *ultra vires*-spook ontslae te raak deur middel van die *Corporations Act* van 2001.

Daar kan egter 'n baie belangrike les uit die Australiese ervaring geleer word, en dit is dat die *ultra vires*-leerstuk inderdaad soos Shapira²⁰⁶ beweer die "Lazarus" van die maatskappyereg is. Indien daar dus verkies word om die leerstuk tot niet te maak, sal dit aggresief, maar met groot omsigtigheid gedoen moet word.

9. DIE WET OP BESLOTE KORPORASIES 69 VAN 1984: 'N MOONTLIKE OPLOSSING?

McLennan²⁰⁷ voel dat daar na die *Wet op Beslote Korporasies*²⁰⁸ gekyk behoort te word ten einde 'n oplossing te vind vir die probleme wat deur die werking van die *ultra vires*-leerstuk geskep word. Hy stel voor dat artikels 33, 34 en 36 sowel as skedule 2 van die *Maatskappywet* van 1973 herroep behoort te word.

Hierdie artikels behoort dan deur die volgende artikels vervang te word:

(1) Capacity and powers of companies

'There shall be no limit to the capacity and powers of a company other than such capacity and powers as are impossible for a juristic person to possess or to exercise.'

(2) No constructive notice of company documents

'No person shall be deemed to have knowledge of any particulars merely because such particulars are stated, or referred to, in any document regarding a company registered by the Registrar or lodged with him, or which

(b) a director and a company secretary of the company; or

(c) for a proprietary company that has a sole director who is also the sole company secretary – that director.

Note: If a company executes a document in this way, people will be able to rely on the assumptions in subsection 129(6) for dealings in relation to the company.

(3) A company may execute a document as a deed if the document is expressed to be executed as a deed and is executed in accordance with subsection (1) or (2).

This section does not limit the ways in which a company may execute a document (including a deed).

206 1984:493.

207 1997:333.

208 69 van 1984.

is kept at the registered office of a company in accordance with the provisions of this Act.’

McLennan²⁰⁹ gebruik in (1) hierbo ’n aanpassing van artikel 2(4) van die *Wet op Beslote Korporasies*, terwyl (2) basies ’n oornamewysiging van artikel 17 van die *Wet op Beslote Korporasies* is. McLennan wys verder daarop dat indien (1) en (2) hierbo aanvaar sou word, dit verder tot gevolg sal hê dat artikel 55 van die *Maatskappywet* oorbodig sal word en dat die verwysing na hierdie artikel in artikel 252(2)(a) ook verwyder sal moet word. ’n Verdere wysiging wat aangebring sal moet word is die skraping van artikel 52(1) van die *Maatskappywet* en die vervanging daarvan met die volgende artikel:

- (1) The memorandum of a company shall state –
 - (a) the name of the company; and
 - (b) the purpose referred to in section 32, for which it is to be formed and incorporated, describing the main business which the company is to carry on or, in the case of an association not for gain, the main object it is to promote.

McLennan²¹⁰ voer aan dat bogenoemde oplossings ’n baie meer bevredigende posisie as die huidige een tot gevolg sal hê en dat die Suid-Afrikaanse maatskappyereg as gevolg hiervan “...would be rid finally of the pernicious doctrine of constructive notice and, as a further consequence, the problematic *Turquand* rule would also become legal history.” McLennan se standpunt moet gekwalifiseer ondersteun word, aangesien die probleme wat deur die werking van die *ultra vires*-leerstuk geskep is op ’n eenvoudige dog doeltreffende wyse deur die betrokke bepalings van die *Wet op Beslote Korporasies* 69 van 1984 opgelos is. Die afskaffing van die leerstuk van toegerekende kennis word om verskeie redes voorgestaan en word in Hoofstuk 5 bespreek. Die feit dat die *ultra vires*-leerstuk in wese afgeskaf word sal definitief die regsposisie vereenvoudig, daar kan egter nie met McLennan saamgestem word dat die *Turquand*-reël sonder meer regsgegeskiedenis sal word nie, hierdie aspek word volledig in Hoofstuk 7 bespreek.

209 1997:333.

210 1997:333.

10. GEVOLGTREKING

Daar word aan die hand gedoen dat die regsposisie in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg aangaande die hantering van die *ultra vires*-leerstuk uiters onbevredigend is.

Die posisie aangaande doelstellingsklousules in Suid-Afrika word onbevredigend deur artikels 33 en 34 van die Wet hanteer. Die vaagheid van hierdie artikels het tot gevolg dat daar in die afgelope 30 jaar geen regsontwikkeling in hierdie verband kon plaasvind nie. Waarom word die onbenullige bepaling dat 'n maatskappy oor 'n doelstellingsklousule moet beskik steeds in Suid-Afrikaanse Maatskappywetgewing vervat? Daar is al in ander jurisdiksies met hierdie bepaling weggedoen.²¹¹

Die wetgewer se poging om die *ultra vires*-leerstuk in Suid-Afrika te "bestuur" met behulp van artikel 36 is ewe hopeloos. Die eerste punt van kritiek is die ongelukkige woordkeuse van "direkteure"²¹² in artikel 36. Tweedens heers daar onsekerheid oor die aspek of daar onderskeid getref behoort te word tussen binnestanders en buitestanders wat regshandeling met die maatskappy aangaan.²¹³

Die derde probleem wat homself voordoer is dat artikel 36 geen vereiste van *bona fides* vir 'n derde wat handeling met 'n maatskappy aangaan, daarstel nie. Dit is onaanvaarbaar dat 'n derde wat kennis van die bevoegdheidsoorskryding dra, steeds die maatskappy gebonde kan hou aan die handeling wat *ultra vires* aangegaan is.²¹⁴

Daar is twee moontlike oplossings vir die probleem, die eerste is 'n algehele afskaffing van die *ultra vires*-leerstuk. Die tweede en minder bevredigende oplossing is die wysiging van artikel 36 deur taalkundige verbeterings aan te bring en die daarstelling van 'n oorkoepelende *bona fides*-toets wat betref die handeling wat derdes met die maatskappy aangaan.

Dit sou die eenvoudigste wees om die *ultra vires*-leerstuk in sy geheel af te skaf, veral as in gedagte gehou word dat die *Wet op Beslote Korporasies*²¹⁵ dieselfde magte aan 'n beslote korporasie verleen as waarop 'n natuurlike persoon geregtig is

211 Sien byvoorbeeld paragraaf 8.3.

212 Sien die bespreking in paragraaf 7.3.3.

213 Sien die bespreking in paragraaf 7.3.5.

214 Sien die bespreking in paragraaf 7.3.4.

215 Wet 69 van 1984.

(uitsluitend natuurlik sekere bevoegdheids wat slegs deur 'n natuurlike persoon uitgeoefen kan word, byvoorbeeld om 'n verlowingskontrak te sluit). Die behoefte aan doelstellingsklousules sal verval indien hierdie uitweg geneem word. 'n Soortgelyke benadering is byvoorbeeld in Australië gevolg. Die rede waarom daar egter gemengde wetslae met hierdie benadering in bogenoemde jurisdiksie behaal is, is weens die feit dat die Australiese aanvanklike poging as halfhartig bestempel kon word.

Verskeie skrywers²¹⁶ het inderdaad al die algehele verwydering van die *ultra vires*-leerstuk bepleit. Dit is gevolglik uiters ongelukkig dat in twee gesaghebbende ondersoekes²¹⁷ in die verlede nie so ver gegaan is as die algehele afskaffing van die *ultra vires*-leerstuk nie. In die hoofverslag van die Van Wyk De Vries-Kommissie word die vrees geopper dat daar te ver gegaan sal word indien onbeperkte bevoegdheids aan 'n maatskappy verleen word.²¹⁸ Die beskerming van aandeelhouders is as 'n prioriteit deur die kommissie beskou. Soos reeds aangetoon kan daar nie met die kommissie se bevinding saamgestem word dat die *ultra vires*-leerstuk beskerming aan aandeelhouders, voornemende beleggers en krediteure bied nie.²¹⁹ Aandeelhouders geniet beskerming in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg as gevolg van die volgende aspekte: die toepassing van die gewone verteenwoordigingsreëls, die vertrouenspligte van direkteure²²⁰ sowel as die kontraktuele regte van aandeelhouders.²²¹ Die algehele afskaffing van die *ultra vires*-leerstuk sal nie die beskerming wat tans aan aandeelhouders in Suid-Afrika gebied word inperk nie.

Daar moet egter toegegee word dat dit moontlik moet wees om die bevoegdheids van maatskappyverteenwoordigers te beperk. Dit is egter net billik dat die onus op die maatskappy moet rus om dié beperkings onder die derde se aandag te bring. Die belange van *bona fide*-derdes moet dus swaarder weeg as dié van die maatskappy, aangesien dit billik is dat die maatskappy eerder as die derde die gevolge dra van die

216 McLennan 1997:333; Fourie 1996:59-60; Gower 1992:168; Blackman 1975:1; Benade 1964:45. Sien ook paragraaf 5.

217 Sien Benade 1964 en die aanbevelings van die Van Wyk De Vries-kommissie.

218 Paragraaf 27.27.

219 Sien paragrawe 3, 5 en 6.

220 Sien Havenga 1995:27-32 vir 'n bespreking van die beskerming wat aandeelhouders geniet as gevolg van die vertrouenspligte van direkteure. Die skrywer maak dit duidelik dat daar geen direkte vertrouenspligte tussen die direkteure en aandeelhouders bestaan nie, maar dat hierdie pligte eerder aan die maatskappy as sulks verskuldig is. Die skrywer gee egter toe dat daar indirekte beskerming aan aandeelhouders gebied word vanweë die vertrouenspligte van die direkteure.

onbesonne optrede deur die direkteure of ander verteenwoordigers van die maatskappy. Die maatskappy het immers self die beheer oor wie hy as ampsbeksleërs aanstel.²²²

Dit blyk duidelik dat daar met Gower²²³ saamgestem moet word dat die *ultra vires*-leerstuk 'n doel op sigself geword het, in plaas daarvan om 'n doel te dien. Daar moet verder 'n belangrike les uit die hantering van die *ultra vires*-leerstuk in Australië, Engeland en die VSA geleer word, en dit is dat die *ultra vires*-leerstuk inderdaad soos Shapira²²⁴ beweer die "Lazarus" van die maatskappyereg is. Die enigste doeltreffende uitweg om hierdie leerstuk finaal tot ruste te lê, blyk die algehele afskaffing daarvan te wees.

221 Fourie 1996:60-61.

222 Naudé 1971:506. Sien ook die geval wat homself voorgedoen het in *Oranje Benefit Society v Central Merchant Bank Ltd* 1976 4 SA 659 A. Alhoewel artikel 36 van die *Maatskappywet* nie toepassing gevind het nie, is hierdie saak 'n sprekende voorbeeld waar die onus op die maatskappy moes rus om die derde (die bank) in kennis te stel van die bevoegdheidsoorskreiding wat na bewering sou plaasvind indien die maatskappy (Oranje Benefit Society) sekerheid vir die skuld van 'n ander party sou stel. Die agente wat namens die Maatskappy onderhandel het, was bewus daarvan dat daar 'n regsopinie gegee is wat bepaal het dat die handeling 'n bevoegdheidsoorskreiding daar sou stel. Hulle het egter nie die *bona fide* derde daarvan in kennis gestel nie. In hierdie geval sou dit skreiend onbillik wees indien die derde die risiko van benadeling moes dra.

223 Gower 1992:168.

224 1984:493.

HOOFSTUK 7 DIE *TURQUAND*-REËL

1. DOELWIT EN WERKSWYSE

Die doel van hierdie hoofstuk is om die toepassing van die *Turquand*-reël in Suid-Afrika, Australië, Engeland en die VSA te ontleed. Daar sal gepoog word om 'n praktiese oplossing in verband met die hantering van hierdie reël in die Suid-Afrikaanse reg daar te stel.

Die werkswyse is om die historiese ontwikkeling en die resepsie van die *Turquand*-reël in Suid-Afrika te bestudeer. Die verhouding tussen die *Turquand*-reël en ander maatskappyregtelike leerstukke word in oënskou geneem, met die verhouding tussen die *Turquand*-reël en artikel 228 van die Maatskappywet¹ wat besondere aandag geniet. Laastens word daar op 'n regsvergelende grondslag na die posisies in Engeland, die VSA en Australië gekyk.

2. OMSKRYWING

Die *Turquand*-reël is die eerste keer in *Royal British Bank v Turquand*² soos volg geformuleer:

We may now take it for granted that the dealings with these companies are not like dealings with other partnerships and that the parties dealing with them are bound to read the statute and the deed of settlement. But they are not bound to do more. And the party here, on reading the deed of settlement, would find, not a prohibition from borrowing, but a permission to do so on certain conditions. Finding that the authority might be made complete by a resolution, he would have the right to infer the fact of the resolution authorising that which on the facts of the document appeared to be legitimately done.³

1 Wet 61 van 1973.

2 1856 6 E&B 327.

3 *Royal British Bank v Turquand* 1856 6 E&B 327:332 *per* Jervis CJ 332. Die beginsel soos hier geformuleer het egter al by vorige geleenthede ter sprake gekom, byvoorbeeld *Smith v The Hull Glass Company* 11 CB Rep 897; 138 ER 729 1852:741 desnieteenstande word hierdie saak tradisioneel beskou as die oorsprong van die *Turquand*-reël.

In sy eenvoudigste vorm kan die *Turquand*-reël soos volg saamgevat word:

'n *Bona fide* derde wat met 'n maatskappyverteenwoordiger onderhandel wat oor gebruikelike of skynbare volmag beskik⁴ mag aanneem dat die verteenwoordiger gemagtig is om namens die maatskappy op te tree en dat daar aan alle interne vereistes waaraan die volmag van die verteenwoordiger onderhewig gestel word behoorlik nagekom is. Die *bona fide* derde mag dus aanneem dat die huishoudelike bestuur van die maatskappy in orde is.⁵

Die *Turquand*-reël moet teen die agtergrond van die leerstuk van toegerekende kennis⁶ beskou word. Ingevolge die leerstuk van toegerekende kennis word elkeen wat met 'n maatskappy onderhandel geag kennis te dra van die inhoud van die openbare dokumente van die maatskappy.⁷

Die toegerekende kennis geskied as gevolg van die publisiteit wat aan die openbare dokumente verleen word, deurdat hierdie dokumente geregistreer moet wees en vir openbare insae beskikbaar moet wees.⁸ 'n Buitestander word gevolglik geag bewus te wees van enige beperking wat in die openbare dokumente op die verteenwoordigingsbevoegdheid van maatskappyamptenare gelê word. Die gevolg hiervan is dat die buitestander nie homself op sy onkunde kan beroep aangaande 'n beperking wat die verteenwoordigingsbevoegdheid van 'n maatskappyamptenaar beperk wat in die openbare dokumente vervat is nie. Die leerstuk van toegerekende kennis vind meestal toepassing by buitengewone maatskappyverteenwoordigers.⁹

Die rede wat aangevoer word waarom die leerstuk van toegerekende kennis in hierdie omstandighede toegepas word, is om die maatskappy te beskerm teen onaanvaarbare groot risiko's weens die optrede van buitengewone maatskappyverteenwoordigers.¹⁰ Daar word egter geen publisiteit aan die interne administrasie van die maatskappy verleen nie en gevolglik sou dit onbillik wees om te

4 Sien hoofstuk 2 vir 'n bespreking van hierdie terme.

5 Oosthuizen 1976:1. Sien ook Du Plessis 1991:290.

6 Die leerstuk word volledig in hoofstuk 5 bespreek.

7 Henning en Du Plessis 1993:346; Du Plessis 1991:289; Fourie 1988:219; McLennan 1979:349; Oosthuizen 1978(a):3; Naudé 1971:505; Paterson en Ednie 1962:339-340. Sien ook *Central Merchant Bank Ltd v Oranje Benefit Society* 1975 4 SA 588 O op 593 A-D. Dit is nie 'n uitgemaakte saak wat alles as die openbare dokumente van die maatskappy beskou word nie. Dit kan egter nie betwyfel word dat die akte en statute van die maatskappy wel as openbare dokumente beskou word nie. Vergelyk Gower 1969:154.

8 Wet 61 van 1973 artikels 9, 59 en 200.

9 Du Plessis 1991:300. Sien hoofstuk 2 vir 'n bespreking van die begrip "buitengewone maatskappyverteenwoordigers".

10 Du Plessis 1991:300; Oosthuizen 1976:165-169.

verwag dat 'n buitestander hiervan kennis moet dra.¹¹ Gevolglik voorsien die *Turquand*-reël die buitestander van hulp. Indien die buitestander *bona fide*¹² handel en die onderhandelinge met die verteenwoordiger nie in stryd met die maatskappygrondwet geskied nie, bind dit die maatskappy ongeag interne onreëlmatighede.¹³

Lord Heatherley beskryf die *Turquand*-reël soos volg:

...When there are persons conducting the affairs of the company in a manner which appears to be consonant with the articles of association, then those so dealing with them, externally, are not to be affected by any irregularities which may take place in the internal management of the company. They are entitled to presume that of which only they can have knowledge, namely, the external acts are rightly done, when those external acts, purport to be performed in the mode in which they ought to be performed.¹⁴

Ingevolge die *Turquand*-reël kan 'n derde wat met 'n maatskappy onderhandel, in die afwesigheid van agterdogwekkende omstandighede byvoorbeeld aanneem dat behoorlike kennisgewing van direksievergaderings gegee is,¹⁵ die vereiste kworum

-
- 11 Dit is bykans onmoontlik vir 'n buitestander om hierdie kennis te bekom, aangesien 'n buitestander nie normaalweg toegang tot die notuleboeke van die maatskappy sal hê nie. Sien McLennan 1979:349; Oosthuizen 1978(a):6; Naudé 1971:506; Pennington 1959:82. *SA Securities v Nicholas* 1911 TPD 450 op 457; *TCB Ltd v Gray* 1986 1 All ER 587 Ch op 595j.
- 12 *Wolpert v Uitzigt Properties (Pty) Ltd* 1961 2 SA 257 W op 266 F(punt(iii)); *Big Dutchman (South Africa) Pty Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1979 SA 267 W op 280 B-C; *Rolled Steel Products (Holdings) Ltd v British Steel Corp* 1985 3 All ER 52 CA op 77j-78d.
- 13 Henning en Du Plessis 1993:346; Du Plessis 1991:290; Henning 1984:161-162; McLennan 1979:344-345; Oosthuizen 1976; Naudé 1974:317; Benade 1964:139-140; Benade 1962:194; Paterson en Ednie 1962:339; Pennington 1959:83. *Morris v Knassen* 1946 AC 459 op 475: "It is a rule designed for the protection of those who are entitled to assume, just because they cannot know, that the person with whom they deal has the authority which he claims. This is clearly shown by the fact that the rule cannot be invoked if the condition is no longer satisfied, that is, if he who would invoke it is put upon his inquiry. He cannot presume in his own favour that things are rightly done if inquiry that he ought to make would tell him that they were wrongly done." Sien ook *In re Country Life Assurance Company* 1869 70 LR Ch App 288 op 293; *Mahoney (Public Officer of National Bank of Ireland) v East Holyfield Mining Co Ltd* 1874 80 All ER 427 (HL) op 432 G-H en 435 H-I; *British Thompson Houston Company Limited v Federated European Bank Limited* 1932 2 KB 176 op 180; *Australian Capital Television Pty Ltd v Minister for Transport and Communications for the Commonwealth of Australia & Ors* 1989 7 ACLC 525 op 533-534; *Northside Developments Pty Ltd v Registrar-General and Ors* 1990 2 ACSR 161.
- 14 *Mahony v The East Holyford Mining Co (Ltd)* (1875) LR 7 HL Cas 869.
- 15 *Sugden v Beaconsfield Dairies (Pty) Ltd* 1963 2 SA 174 E. Sien ook Du Plessis 1991:300-302.

aanwesig was¹⁶ en dat die voorafgaande toestemming van die algemene vergadering op die voorgeskrewe wyse verkry is.¹⁷

Die derde sal nie beskerming ingevolge die *Turquand*-reël kan geniet indien hy bewus was van die gebrek aan volmag van die verteenwoordiger nie.¹⁸ Indien die omstandighede so agterdogwekkend was dat die derde verdere ondersoek na die volmag van die verteenwoordiger moes instel, en dit nie gedoen het nie, kan die maatskappy nie op grond van die ooreenkoms met behulp van die *Turquand*-reël aanspreeklik gehou word nie.¹⁹ Montrose²⁰ verduidelik die posisie aangaande die verdere ondersoek wat van 'n derde verwag word indien agterdogwekkende omstandighede aanwesig is, soos volg:

[A] provision in the articles, for example, of a power to delegate is not by itself sufficient to constitute an appearance of authority. The circumstances, including the nature of the representation, may be such as to put a reasonable person on inquiry as to the existence of actual authority...The provision in the articles has to be read together with the general circumstances as a whole in order that there should be representation of authority.²¹

3. GESKIEDKUNDIGE OORSIG VAN DIE *TURQUAND*-REËL

3.1. Engeland

Die *Turquand*-reël is van Engelsregtelike oorsprong, en dit is bykans onveranderd in die Suid-Afrikaanse reg oorgeneem.²² Die *Turquand*-reël is 'n skepping van die Engelse howe, alhoewel daar al pogings was om die reël statutêre beslag te gee.²³ Daar moet in gedagte gehou word dat Engelse hofbeslissings nie bindend is op Suid-

16 *In re Fireproof Doors Ltd; Unmey v The Company* 1916 2 Ch 142; *Welgedacht Exploration Co Ltd v Transvaal and Delagoa Bay Investment Co Ltd* 1909 TH 90; *County of Gloucester Bank v Rudry Merthyr Steam and House Coal Colliery Co* 1895 1 Ch 629; *Re Scottish Petroleum Co* (1883) 23 Ch D 413.

17 *Royal British Bank v Turquand* (1856) 6 E&B 327; *Mine Workers' Union v Prinsloo* 1948 3 SA 831 A.

18 Du Plessis 1991:290,301. *The Registrar General v Northside Developments Pty Ltd* 1988 14 ACLR 543 SC (NSW) op 551-552.

19 Du Plessis 1991:301-302; Montrose 1968:253-254, 255, 261. Die estoppelleerstuk mag egter steeds in hierdie omstandighede toepassing vind, sien hoofstuk 8.

20 1968.

21 Op 255.

22 Cilliers *et al* 2000:19; Du Plessis 1993:175.

23 *The European Communities Act* 68 van 1972 artikel 9(1).

Afrikaanse howe nie, maar dit het egter wel sterk oortuigingskrag.²⁴ Die oortuigingskrag van Engelse beslissings moet egter nie oorbeklemtoon word nie, aangesien verskeie faktore tot gevolg het dat Suid-Afrikaanse en Engelse maatskappyereg geleidelik besig is om van mekaar weg te dryf.²⁵

Die *Turquand*-reël het volgens Oosthuizen²⁶ sy ontstaan te danke aan die uitspraak van regter Maule in *Smith v The Hull Glass Company*²⁷:

The statute...requires the deed of settlement to be registered, and that defines the purpose for which the company is incorporated, and the power of the directors; and all persons who contract with the directors must be taken to be cognisant of the extent of the authority conferred upon them. But it by no means follows that they are to be taken to be cognisant of all the proceedings of the board of directors...whether or not the persons so appointed were regularly appointed, the plaintiffs, or any other persons dealing with them could have no means of knowing: they have no power to inspect the minute book. ...The plaintiffs could only know that the directors had power to appoint persons to perform the duties they appeared to be doing; and they had a right to assume that they were duly and properly appointed.²⁸

Die ander drie regters het egter die saak op grond van ratifikasie beslis, met regter Jervis wat bloot na die moontlikheid van so 'n reël verwys, maar nie sy opinie daarvoor uitspreek nie.²⁹

Regter Jervis verwys egter vier jaar later in *Royal British Bank v Turquand*³⁰ na hierdie reël soos geformuleer deur regter Maule as “vanselfsprekend”³¹ en gevolglik word die saak op grond van dié reël beslis.

24 Sien in die algemeen Cilliers *et al* 2000:19-20.

25 Oor die laaste 25 jaar is die ontwikkeling van maatskappyereg in Engeland sterk deur die direkteur van die Europese Unie beïnvloed. Die nuwe grondwetlike bestel in Suid-Afrika sal ook die Suid-Afrikaanse maatskappyereg verder beïnvloed. Sien ook *Trust Bank van Afrika v Eksteen* 1964 3 SA 402 A.

26 1976:13.

27 11 CB Rep 897 (138 ER 729) 1852.

28 *Smith v The Hull Glass Company* 11 CB Rep 897 (138 ER 729) 1852:927-929.

29 *Smith v The Hull Glass Company* 11 CB Rep 897 (138 ER 729) 1852:926: “Joint-stock companies, it is now admitted, are not to be treated as ordinary trading partnerships: they are only bound by contracts made by the directors within the scope of their authority. The public have no right to complain. They know that the company is acting under the sanction and direction of an act of parliament and of a deed of settlement; and they have a ready access to that deed. But, beyond that, the public have no power, no means of knowledge. **It may be sufficient if the public are satisfied that the directors have authority under the deed to appoint a manager; and they see a man acting in that character. But upon that I wish to pronounce no opinion...**” (eie beklemtoning).

30 (1856) 6 E&B 327.

3.2. Die aanvaarding van die *Turquand*-reël in Suid-Afrika

Dit is algemeen bekend dat die Suid-Afrikaanse maatskappywetgewing die Engelse voorbeeld nageset gevolg het. So byvoorbeeld was die eerste maatskappywetgewing in Suid-Afrika, naamlik die Kaapse *Joint Stock Companies Limited Liability Act*³² op twee Engelse wette gebaseer naamlik die *Joint Stock Companies Act 1844*³³ en die *Limited Liability Act 1855*.³⁴ Hierdie proses was nie net beperk tot die Kaapprovinsie nie, maar is in die ander kolonies en republieke herhaal.³⁵ Hierdie proses is dan ook voortgesit na die totstandkoming van die Unie van Suid-Afrika in 1910. Die *Maatskappywet* van 1926³⁶ is op die Transvaalse *Maatskappywet* van 1909 gebaseer, wat weer op sy beurt op die Engelse *Companies (Consolidation) Act* van 1908 gebaseer is.³⁷

Hoewel daar met die huidige *Maatskappywet*³⁸ gepoog is om 'n eie selfstandige weg in te slaan, is die wet tog grotendeels op die *Maatskappywet* van 1926 met sy Engelsregtelike oorsprong geskoei.³⁹ Nie die Engelse of Suid-Afrikaanse maatskappywette is egter 'n kodifikasie van die maatskappyereg nie.⁴⁰ Daar is van talle belangrike maatskappyregtelike beginsels, soos byvoorbeeld die *Turquand*-reël, geen spoor in die wetgewing te vinde nie. Met die oornome van Engelse maatskappywetgewing in Suid-Afrika is ook die voorgeskiedenis van daardie wetgewing tot 'n groot mate oorgeneem. Dit was so aangesien die Engelse maatskappywetgewing grootliks die produk van sy eie voorgeskeiedenis was.⁴¹ 'n Gunstige klimaat is dus geskep vir die oornome van die belangrike maatskappyregtelike beginsels deur die Suid-Afrikaanse howe⁴², soos byvoorbeeld die *Turquand*-reël, soos dit met verloop van tyd uitgebou is deur die Engelse howe.

31 Oosthuizen 1976:12.

32 Wet 23 van 1861.

33 7 & 8 Vict c 110 herroep in 1856.

34 18 & 19 Vict c 133 herroep in 1856.

35 Vir 'n volledige bespreking van die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse maatskappyereg sien Cilliers *et al* 2000:23; Naudé 1970:8-9.

36 Wet 46 van 1926.

37 8 Edw VII C 69.

38 Wet 61 van 1973.

39 Oosthuizen 1976:37.

40 Gower 1979:52.

41 Oosthuizen 1976:38.

42 Vir direkte erkenning van die *Turquand*-reël in die Suid-Afrikaanse reg, sien *Mine Workers' Union v Prinsloo* 1948 3 SA 831 A asook *Wolpert v Uitzigt Properties (Pty) Ltd* 1961 2 SA 257 W:261.

4. DIE *TURQUAND*-REËL AS SELFSTANDIGE LEERSTUK⁴³

Oosthuizen⁴⁴ voel dat die *Turquand*-reël bloot 'n verskyningsvorm van die estoppelleerstuk is. Daar kan met respek nie met hierdie skrywers saamgestem word nie. Die *Turquand*-reël was in sy oorspronklike vorm iets eie aan die maatskappyereg.⁴⁵ Latere afwatering van die leerstuk het egter daartoe gelei dat die leerstuk nader aan estoppel beweeg het.⁴⁶

Daar kan nie aangevoer word dat die *Turquand*-reël bloot 'n verskyningsvorm van estoppel is nie. Daar word nie aan sekere kernelemente van estoppel voldoen by die toepassing van die *Turquand*-reël nie. Die estoppelopwerper kan byvoorbeeld slegs slaag indien hy suksesvol kan aantoon dat hy bewus was van die wanvoorstelling en inderdaad deur die betrokke wanvoorstelling tot aksie beweeg is.⁴⁷

Volgens appèlregter Greenberg se uitspraak in *Mine Workers' Union v Prinsloo*⁴⁸ kan enige buitestander wat *bona fide* handel op die *Turquand*-reël steun, aangesien daar 'n vermoede bestaan dat die huishoudelike bestuur van die maatskappy na behore geskied. Die woordkeuse van appèlregter Greenberg is ongelukkig waar hy die *Turquand*-reël aan 'n vermoede gelyk stel. Die regter kon dit bloot gestel het dat 'n *bona fide*-derde kan aanneem dat die huishoudelike sake van 'n maatskappy in orde is en dat die derde nie skynverwekking aan die kant van die maatskappy hoef te bewys het nie. Daar is ook ander estoppelvereistes waaraan nie voldoen word nie; die maatskappy hoef nie die skyn skuldiglik te geskep het nie.⁴⁹ Die derde hoef ook nie tot sy nadeel te handel vir die *Turquand*-reël om toepassing te vind nie.⁵⁰ Uit bogenoemde blyk dit dus duidelik dat dit veel makliker is om op die *Turquand*-reël te steun as op estoppel. Daar kan nie met Oosthuizen⁵¹ saamgestem word dat daar 'n

43 Sien hoofstuk 8 vir 'n volledige bespreking van die estoppelleerstuk.

44 1976:69 voetnoot 1. Sien ook *The Registrar-General v Northside Developments Pty Ltd* 1988 14 ACLR 543 SC (NSW) 548.

45 Blackman 2002:4.46-4.49, Cilliers *et al* 2000:191-192 en Williams 1997:198-201.

46 Trebilcock 1966:310. Pennington 1959:84 voer met verwysing na die uitspraak van *Mahoney v East Holyford Mining Co* 1875 LR 7 HL Cas 869 die volgende aan: "This shows clearly that the rule in *Turquand's* case does not depend on estoppel, as do the rules relating to the apparent authority of a company's agents to act in its name." Sien *Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd* 1964 1 All ER 630 CA.

47 Blackman 2002:4.46-4.49.

48 1948 3 SA 831 A.

49 *National and Overseas Distributors v Potato Board* 1958 2 SA 473 A. Die Hof pas in hierdie saak die *Turquand*-reël toe sonder enige oorweging van die skuldvereiste.

50 Oosthuizen 1976:116.

51 1976:116.

verskillende bewyslas voorkom by die toepassing van die *Turquand*-reël en die estoppelleerstuk nie. Daar word in beide gevalle van die siviele bewyslas gebruik gemaak. 'n Laaste fundamentele verskil tussen die leerstuk van estoppel en die *Turquand*-reël is dat estoppel nie 'n selfstandige eisorsaak⁵² ooreenkomstig die positiewe reg daarstel nie, terwyl in die geval waar op die *Turquand*-reël gesteun word, die maatskappy eenvoudig op grond van die kontrak aangespreek kan word, aangesien hier 'n selfstandige eisorsaak bestaan.⁵³

Die *Turquand*-reël kan dus as 'n selfstandige billikheidsremedie beskryf word, wat in die maatskappyereg ontwikkel het.⁵⁴ Die reël stel 'n wysiging van die gewone verteenwoordigingsbeginsels daar, deurdat vir soverre die verteenwoordiger binne die perke van die *Turquand*-reël handel, die prinsipaal gebonde gehou word niteenstaande die feit dat die verteenwoordiger se volmag gebrekkig is.⁵⁵

Daar mag egter gevalle voorkom waar die *Turquand*-reël sowel as die estoppelleerstuk toepassing mag vind.⁵⁶ Du Plessis⁵⁷ voel dat hierdie twee beginsels nie gesien moet word as synde in konflik met mekaar te wees nie, maar

52 *Low v Bouverie* (1891) 3 Ch 82, [1891-1894] All ER 348; *Union Government v National Bank of South Africa Ltd* 1921 AD 121 op 128 per Innes HR: "A plaintiff cannot invoke estoppel to create a cause of action where none existed before." 'n Verweerder mag ook nie in 'n teeneis op die leerstuk van estoppel staatmaak ten einde sy eisorsaak te vestig nie. Sien Harms 2003:166. Dit moet egter in gedagte gehou word dat alhoewel estoppel nooit 'n selfstandige eisorsaak daarstel nie, kan dit wel op 'n indirekte wyse daartoe lei dat 'n vordering afdwingbaar is, soos bevind is in *Quinn and Co Ltd v Witwatersrand Military Institute* 1953 1 SA 155 T. In die *Quinn*-beslissing het die eiser (Quinn) in die laerhof 'n prestasie van die verweerder (Witwatersrand Military Institute) gevorder vir spysenieringsdienste wat die eiser aan die verweerder verskaf het. Die spysenieringsdienste is gelewer op grond van 'n ooreenkoms wat die eiser met ene Smith (die oënskynlike verteenwoordiger van die verweerder) aangegaan het. In die laerhof het die verweerder aangevoer dat Smith nie oor die nodige magtiging beskik het ten einde die ooreenkoms aan te gaan nie. Die laerhof het bevind dat Smith wel nie oor die nodige magtiging beskik het nie en die verweerder is dus suksesvol. Die eiser appelleer. Die hof van appèl bevind dat alhoewel Smith nie oor die nodige magtiging beskik het nie, die verweerder as gevolg van die werking van die leerstuk van estoppel nie op hierdie feit kon steun nie aangesien die verweerder skuldiglik die skyn by die eiser geskep het dat Smith wel oor die nodige magtiging beskik het. Die verweerder se verweer word van die hand gewys en die appèl slaag. In effek het die eiser dus met sy vordering geslaag al was die agent van die verweerder nie behoorlik gemagtig om die kontrak namens hom te sluit nie.

53 Vir 'n verduideliking van die praktiese werking van beide die leerstukke, sien Blacman 2002:4.46-4.49.

54 Blackman 2002:4.46-4.49. Vir latere uitbreidings van die reël na ander verenigings soos munisipaliteite en vakverenigings, sien Oosthuizen 1976:hoofstuk V.

55 Sien hoofstuk 2.

56 Een so 'n geval het homself voorgedoen in *Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd* 1964 1 All ER 630 (CA).

57 1993:175-176.

eerder dat hierdie twee leerstukke mekaar aanvul. Hierdie skrywer se standpunt kan nie ongekwalfiseerd ondersteun word nie. Die praktiese realiteit is dat die howe hierdie twee beginsels op so 'n wyse toepas dat die estoppelleerstuk die *Turquand*-reël begin verdring het.⁵⁸ Hierdie twee leerstukke is dus deur die howe in konflik met mekaar gebring.

'n Persoon wat voor 'n keuse tussen hierdie twee leerstukke gestel word, sal eerder verkies om die weg van die *Turquand*-reël te volg, aangesien daar aan minder vereistes as by 'n beroep op estoppel voldoen moet word. Daar moet in gedagte gehou word dat daar sekere beperkingskriteria⁵⁹ op die *Turquand*-reël van toepassing is. Indien die reël nie toepasing vind nie, kan die derde steeds op die estoppelleerstuk staatmaak indien daar aan al die estoppelvereistes voldoen word.

5. AFBAKENING VAN DIE TOEPASSINGSVELD VAN DIE *TURQUAND*-REËL

Daar moet aan die volgende twee vereistes voldoen word alvorens die *Turquand*-reël toepassing kan vind:

- a) die onderhandeling moet deur middel van 'n orgaan of beampte van die maatskappy⁶⁰ geskied wat daadwerklik in daardie posisie of amp aangestel is, of ten aansien van wie daar 'n aanstellingshandeling plaasgevind het;⁶¹ en
- b) die handeling wat die orgaan of beampte namens die maatskappy voorgee te verrig, moet een wees wat normaalweg met daardie posisie vereenselwig kan word.⁶²

Indien daar nie aan bogenoemde vereistes voldoen word nie, kan die *Turquand*-reël nie toepassing vind nie en sal die derde op die estoppelleerstuk moet staatmaak vir enige verligting. Dit mag so wees dat alle situasies nie deur bogenoemde twee reëls,

58 *Wolpert v Uitzigt Properties (Pty) Ltd* 1961 2 SA 257 W.

59 sien paragraaf 5.

60 Byvoorbeeld die direksie as orgaan, of 'n direkteur, besturende direkteur, voorsitter van die direksie of maatskappysekretaris as beampte van die maatskappy.

60 *Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd* 1964 1 All ER 630 (CA).

62 Hierdie vereiste word dikwels beskryf deur aan te voer dat die verteenwoordiger binne sy gebruikelike volmag moes gehandel het. Vir die toepassing van die term "usual authority" sien: *British Thompson-Houston Co v Federated European Bank* 1932 2 KB 176 (CA): 181; *Wolpert v Uitzigt Properties (Pty) Ltd* 1961 2 SA 257 W;

gedek kan word nie. Die *Turquand*-reël kan nie toepassing vind indien die derde kennis gedra het van die feit dat daar nie aan die interne vereiste voldoen is nie.⁶³ Dit behoort 'n bykomende vereiste te wees dat die derde wat op die werking van die *Turquand*-reël staatmaak inderdaad *bona fide* moet wees.

Dit is van kardinale belang dat hierdie reëls as die vertrekpunt dien vir enige ondersoek na die moontlike toepassing van die *Turquand*-reël om te verseker dat verwarring en vermenging van die estoppelleerstuk en die *Turquand*-reël nie plaasvind nie.

Die *Turquand*-reël het in die Engelse reg⁶⁴ verwater tot weinig meer as 'n verskyningsvorm van estoppel, die volgende redes kan hiervoor aangevoer word:

- a) Die versuim aan die kant van die howe om die *Turquand*-reël as selfstandige regsreël te beskou het verwarring met veral die leerstuk van estoppel tot gevolg.
- b) Die howe pas ander regsreëls (byvoorbeeld estoppel) onder die vaandel van die *Turquand*-reël toe.⁶⁵
- c) Die uitbreiding van die reël buite sy natuurlike aanwendingsgebied deur byvoorbeeld estoppelvereistes op die reël oor te plant.
- d) Verwarring oor die presiese aard van die *Turquand*-reël.

Ten spyte van bogenoemde probleme wat veral in die Engelse reg aangetref word, is sake ietwat meer bevredigend deur die howe in Suid-Afrika hanteer. In *Mine Workers' Union v Prinsloo*⁶⁶ het die Appèlhof dit onomwonde gestel dat die *Turquand*-reël 'n selfstandige leerstuk is en dat dit nie met estoppel verwar moet word nie. Onderhandelings met alle tipe maatskappyverteenwoordigers kan egter nie onder die *Turquand*-reël tuisgebring word nie.⁶⁷ Die risiko bestaan egter ook in Suid-

Freeman & Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd 1964 1 All ER 630 (CA). Gower 1979:156. Sien hoofstuk 2.

63 Cilliers *et al* 2000:192. Sien ook *The Mineworkers' Union v Prinsloo* 1948 (3) SA 831 (A) op 845.

64 *Freeman & Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd* 1964 1 All ER 630 (CA).

65 'n Tipiese voorbeeld hiervan kan gevind word in *Houghton and Co v Norhard Lowe and Wills* 1927 1 KB 246 (CA).

66 1948 3 SA 831 A.

67 Waar 'n persoon wat byvoorbeeld geldiglik aangestel is buitengewone bevoegdhede uitoefen.

Afrika dat die howe in hierdie omstandighede die *Turquand*-reël verkeerdelik sou aanwend.⁶⁸

Du Plessis voel dat die afskaffing van die leerstuk van toegerekende kennis die verwarring tussen die estoppelleerstuk en die *Turquand*-reël grootliks sal oplos. Alhoewel hierdie voorstel definitief meriete het, sal daar meer in hierdie verband gedoen moet word om te verseker dat Suid-Afrikaanse howe nie dieselfde foute maak wat in *Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd*⁶⁹ gemaak is nie. Daar word aan die hand gedoen dat die enigste oplossing vir hierdie situasie die afskaffing van die gemeenregtelike estoppelleerstuk sowel as die *Turquand*-reël is. Daar word egter verder voorgestel dat 'n statutêre verskyningsvorm van die *Turquand*-reël⁷⁰ sowel as die estoppelleerstuk⁷¹ in wetgewing vervat word.

6. VERHOUDING TUSSEN DIE *TURQUAND*-REËL EN DIE *ULTRA VIRES*-LEERSTUK

Beide die *Turquand*-reël en die *ultra vires*-leerstuk het betrekking op bevoegdheidsoorskrydings. Die *ultra vires*-leerstuk hou verband met die vermoë van die maatskappy en die gevolge van die oorskryding daarvan. Die *Turquand*-reël, daarenteen, vind toepassing waar maatskappyverteenwoordigers hul volmag oorskry. 'n *Ultra vires*-handeling was tradisioneel nietig en dit kon nie regsrag *ex post facto* kry nie, selfs nie deur die werking van estoppel of eenparige goedkeuring van die aandeelhouers nie.⁷² Dit is ook nie moontlik vir die *Turquand*-reël om regsrag aan 'n *ultra vires*-handeling te verleen nie. Dit is dus duidelik dat die *Turquand*-reël slegs toepassing kan vind waar die handeling *intra vires* die maatskappy is.⁷³ Hierdie was die tradisionele beskouing.

68 Veral in navolging van die uitspraak in *Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd* 1964 1 All ER 630 (CA). Sien *Wolpert v Uitzigt Properties (Pty) Ltd* 1961 2 SA 257 W. Sien ook Blackman *et al* 2002:4.34-4.46.

69 1964 1 All ER 630 (CA).

70 Hierdie benadering is alreeds in Engeland sowel as in Australië gevolg. Sien paragrawe 11.1 en 11.3.

71 Sien hoofstuk 8 vir meer inligting in hierdie verband.

72 Vir 'n volledige bespreking van die *ultra vires*-leerstuk, sien hoofstuk 5.

73 Oosthuizen 1976:137.

Verskeie statutêre ontwikkelings⁷⁴ het daartoe bygedra dat die verhouding 'n nuwe dimensie aangeneem het. Artikel 36 van die *Maatskappywet*⁷⁵ gaan van die veronderstelling uit dat 'n handeling nie nietig is bloot omdat dit *ultra vires* is nie. Daar word geen vereiste gestel dat 'n derde slegs beskerming mag geniet indien hy inderdaad *bona fide* handel nie en gevolglik was dit nie nodig om die leerstuk van toegerekende kennis af te skaf nie.⁷⁶ Die leerstuk van toegerekende kennis geld dus onveranderd in alle gevalle behalwe met betrekking tot die bepalinge in die akte van oprigting en statute waarin die vermoë van die maatskappy uiteengesit word.⁷⁷ Kennis sal dus nog steeds aan derdes toegereken word wat die omskrywing van die bevoegdhede van direkteure of ander verteenwoordigers van die maatskappy in die akte of statute aanbetref.⁷⁸

Die praktiese uitwerking wat die wetgewing⁷⁹ dus op die *Turquand*-reël gehad het, is dat die gedeeltelike afskaffing van die *ultra vires*-leerstuk gelei het tot 'n teoretiese uitbreiding van die toepassingsveld van die *Turquand*-reël.⁸⁰ Dit kan aan die hand van die volgende paar praktiese voorbeelde verduidelik word.⁸¹

Die akte van oprigting van 'n maatskappy bepaal dat 'n maatskappy slegs 'n sekere tipe kontrak kan sluit indien daar aan sekere vereistes voldoen word.⁸² As vereiste word gestel dat 'n besluit wat die sluit van dié spesifieke kontrak magtig, deur 'n voorgeskrewe meerderheid op 'n algemene vergadering goedgekeur word en daarna by die registrateur van maatskappye aangeteken moet word. Daar word later uitgevind dat die besluit op die algemene vergadering goedgekeur is en dat dit inderdaad by die registrateur aangeteken is, maar dit blyk dat die kennisgewing ingevolge waarvan die vergadering belê is, gebrekkig is. Ingevolge die tradisionele *ultra vires*-leerstuk is hierdie kontrak nietig en kan die derde hom nie eers op die *Turquand*-reël beroep om die maatskappy gebonde te hou nie.⁸³ Die huidige posisie

74 Vir 'n volledige bespreking van die statutêre ontwikkelings, sien hoofstuk 6.

75 61 van 1973.

76 Die Van Wyk De Vries-kommissie het dit duidelik gemaak dat dit hulle oogmerk is om hierdie aangeleentheid te reël "sonder om in botsing te kom met die juridiese fiksie van toegerekende kennis".

77 Naudé 1974:325.

78 Naudé 1974:334.

79 Wet 61 van 1973 artikel 36.

80 Oosthuizen 1976:141.

81 Sien Oosthuizen 1976:141–144.

82 So 'n vereiste kan byvoorbeeld ingevolge Wet 61 van 1973 artikel 53(a) geregistreer word.

83 Sien *Pacific Coast Coal Mines Limited v Arbuthnot* 1917 AC 607 (PC) vir bykans identiese feite, alhoewel daar in hierdie saak met 'n statutêre maatskappy gehandel

is dat nie die maatskappy of die derde hom in hierdie geval op die *ultra vires*-leerstuk kan beroep nie, aangesien die ontbreking van die vereiste die handeling *ultra vires* maak en ingevolge artikel 36 mag daar nie hierop gesteun word nie. Die maatskappy is dus gebonde sonder dat daar op die *Turquand-reël* gesteun hoef te word.

Die leningsbevoegdheid van 'n maatskappy word in die akte van oprigting tot R 1 000 000 beperk. Die statute bepaal verder dat die direksie 'n besturende direkteur mag aanstel en die nodige bevoegdhede aan hom mag delegeer. Die statute bepaal egter verder dat slegs die direksie as sulks die bevoegdheid het om enige lenings van 'n bedrag groter as R 200 000 goed te keur. Die maatskappy het alreeds R 990 000 geleen. Die besturende direkteur gaan leen egter 'n verdere R 250 000. Artikel 36 verbied die maatskappy om hom daarop te beroep dat die kontrak *ultra vires* is. Die maatskappy sal egter nie aanspreeklik gehou kan word nie, aangesien daar 'n verdere gebrek is, deurdat die direkteur sy volmag oorskry het en die derde word in terme van die leerstuk van toegerekende kennis geag hiervan bewus te wees.⁸⁴ Die *Turquand-reël* kan ook nie in hierdie geval toepassing vind nie, aangesien die leerstuk van toegerekende kennis die derde verhoed om hom hierop te beroep.

X is die besturende direkteur van 'n maatskappy. Die statute bepaal dat die direksie sekere bevoegdhede na goedgevondenke aan die besturende direkteur mag delegeer. A sluit 'n kontrak wat normaalweg binne die bevoegdheid van 'n besturende direkteur val, maar hierdie kontrak val egter buite die vermoënsfeer van die maatskappy. Dit blyk by nadere ondersoek dat die direksie nie die betrokke bevoegdheid aan die besturende direkteur gedelegeer het om hom in staat te stel om die kontrak te sluit nie. Ingevolge artikel 36 kan die maatskappy hom nie daarop beroep dat die kontrak buite die vermoënsfeer van die maatskappy val nie. Artikel 36 verbied egter nie die maatskappy om aan te voer dat die bevoegdheid wat aan die direkteur gedelegeer is, gebrekkig was nie. Die maatskappy sal egter steeds gebonde gehou word aangesien die *Turquand-reël* in hierdie omstandighede toepassing sal vind. Ingevolge die

is. In sy uitspraak laat burggraaf Haldane hom soos volg uit: "...unless the condition prescribed by the words cited from the private Act was literally and in reality fulfilled, the agreement...remained *ultra vires*..."

84 Die oorskryding van die direkteur se volmag hou nie verband met die feit dat die handeling buite die vermoënsfeer van die maatskappy val nie, maar hou verband met die spesifieke voorskrifte in die statute wat handel oor die leningsbevoegdhede van direkteure. Indien die direksie egter die lening aangegaan het sou die derde beskerming ingevolge artikel 36 geniet het. Die direksie se gebrek aan volmag hou in hierdie geval verband met die gebrek aan verdere lenings wat deur die maatskappy aangegaan kan word. Dit sou ook die geval wees indien die direkteur tussen R100 000 en R200 000 sou leen.

Turquand-reël kan die derde aanneem dat die interne bestuur⁸⁵ van die maatskappy na behore geskied. Die leerstuk van toegerekende kennis sal ook nie in hierdie omstandighede teen die derde werk nie. In hierdie geval is dit interessant om daarop te let dat selfs indien die derde dus *mala fide* opgetree het, dit dus nie sy beskerming ingevolge artikel 36 sal beïnvloed nie.⁸⁶

Om dus op te som: In die eerste plek vind die leerstuk van toegerekende kennis nie meer toepassing ten opsigte van beperkings wat op die bevoegdhede van die maatskappy in die akte en statute vervat word nie. Hierdie feit, gekoppel daaraan dat nie die derde of die maatskappy op die nietigheid van 'n transaksie kan aanspraak maak bloot vanweë die feit dat dit buite die vermoënsfeer van die maatskappy val nie, het tot gevolg dat die beskerming wat aan 'n derde verleen word uitgebrei word, sonder dat daar op die *Turquand*-reël gesteun word.⁸⁷ Tweedens verhoed die leerstuk van toegerekende kennis steeds dat 'n derde beskerm word in soverre dit beperkings aanbetref wat op die vermoëns van maatskappyvertegenwoordigers in die akte en statute geplaas word.⁸⁸ Derdens blyk dit dat die *Turquand*-reël in die huidige omstandighede toepassing sal vind waar die transaksie ingevolge die eertydse bestel *ultra vires* en gevolglik nietig sou gewees het, en waar die werking van die *Turquand*-reël gevolglik uitgesluit sou gewees het.⁸⁹

7. VERHOUDING TUSSEN DIE *TURQUAND*-REËL EN DIE LEERSTUK VAN TOEGEREKENDE KENNIS

Naudé⁹⁰ som die verhouding tussen die *Turquand*-reël en die leerstuk van toegerekende kennis soos volg op:

Albei hierdie leerstukke het met presies dieselfde probleem te doen, ... naamlik in hoeverre die interne bevoegdheidsreëling moet geld teenoor 'n buitestander wat met die maatskappy onderhandel. Die beginsel wat die grondslag bied van albei leerstukke, is dié van publisiteit.

Ingevolge die leerstuk van toegerekende kennis word kennis van die openbare dokumente van 'n maatskappy aan 'n derde toegereken bloot op grond van die

85 *In casu*, dus die delegasie van die besturende direkteur se bevoegdhede.

86 Oosthuizen 1976:144. Sien ook hoofstuk 6.

87 Voorbeeld (a) hierbo.

88 Voorbeeld (b) hierbo.

89 Voorbeeld (c) hierbo.

publisiteit wat aan hierdie dokumente verleen word.⁹¹ Dit is dus die derde se plig om ondersoek in te stel na hierdie dokumente indien hy met die maatskappy wil kontrakteer. Die *Turquand*-reël dien die doel om die ondersoekplig wat op die derde rus, binne aanvaarbare perke te hou. Alhoewel dit nie die derde se ondersoekplig afskaf nie,⁹² word die derde beskerm teen interne onreëlmatighede waaraan geen publisiteit verleen is nie en waartoe die derde geen toegang het nie. Indien die derde te goeder trou handel is hy geregtig om aan te neem dat die interne bestuur van die maatskappy na behore geskied het. Die *Turquand*-reël temper dus die onrealitiese en onbillike werking van die leerstuk van toegerekende kennis⁹³ en bied beskerming aan derdes. Die leerstuk van toegerekende kennis het egter 'n striemende effek op die billikheidswerking van die *Turquand*-reël.⁹⁴ Derdes kan slegs op die *Turquand*-reël staatmaak indien die optrede van die maatskappyverteenwoordigers versoenbaar is met die openbare dokumente van die maatskappy.⁹⁵ Indien die optrede van die maatskappyverteenwoordigers egter nie versoenbaar is met die openbare dokumente nie, ontnem die leerstuk van toegerekende kennis die derde van die beskerming wat hy sou geniet het.

8. BEPERKINGS OP DIE WERKING VAN DIE *TURQUAND*-REËL

Die *Turquand*-reël sal nie indien een van die volgende omstandighede aanwesig is, gebruik kan word nie:

- a) waar die buitestander geweet (*mala fide* handel) of geag word om te geweet het van die onreëlmatighede;
- b) waar daar agterdogwekkende omstandighede is en die derde as gevolg hiervan op sy hoede geplaas is;
- c) gevalle van vervalsing.⁹⁶

90 Naudé 1971:505–506.

91 Vir 'n bespreking van die billikheid van hierdie toedrag van sake, sien hoofstuk 5.

92 Oosthuizen 1976:146 voetnoot 4: "The rule in *Royal British Bank v Turquand* was evolved, not to abolish, but only to limit search..."

93 Campbell 1959:481 beweer dat dit juis die toepassing van die leerstuk van toegerekende kennis was wat gelei het tot die skepping van die *Turquand*-reël.

94 Gower 1961:110 voetnoot 7; Du Plessis 1993:176.

95 *In re Athenaeum Life Assurance Society; Ex Parte The Eagle Insurance Company* (1858) 4 K&J 549; 70 ER 229:234. Du Plessis 1991:301.

96 Palmer 1968:249. Vir 'n volledige bespreking van die toepassing van die *Turquand*-reël in die geval van vervalsings, sien Pennington 1959:89-90. Dit is in *Ruben v Great Fingall Consolidated* 1906 AC 439 beslis dat 'n maatskappy onder geen omstandighede gebonde gehou kan word aan 'n vervalste dokument nie. In hierdie geval het die maatskappy se sekretaris 'n aandelesertifikaat met die maatskappy se

8.1 Waar die buitestander bewus is van die onreëlmatigheid

Die *Turquand*-reël is 'n billikheidsreël wat die beskerming van *bona fide*-derdes ten doel het. Indien die derde egter bewus is van die onreëlmatigheid kan hy hom nie op die beskerming wat die *Turquand*-reël bied, beroep nie.⁹⁷ Nie net werklike kennis nie, maar ook toegeskrewe kennis⁹⁸ van 'n onreëlmatigheid kan 'n derde van die beskerming wat die reël bied, ontnem.

'n Derde moet persoonlike kennis dra van die onreëlmatigheid. Om hierdie rede is kennis wat 'n direkteur opgedoen het nie aan sy vrou as die koper van skuldbriewe toegereken nie.⁹⁹ Die kennis wat 'n verteenwoordiger egter in die uitoefening van sy pligte opdoen word aan sy prinsipaal toegereken.¹⁰⁰ Dit is dus duidelik dat daar 'n plig rus op 'n verteenwoordiger om verwerfde inligting aan sy prinsipaal weer te gee.¹⁰¹

Probleme mag in hierdie verband ontstaan indien twee maatskappye met mekaar kontrakteer. Wanneer sal die kennis aangaande die onreëlmatighede in die bestuur van maatskappy A aan maatskappy B toegeskryf word as gevolg van die feit dat 'n **amptenaar** van maatskappy B daarvan kennis gedra het?¹⁰² Waar die verteenwoordiger van maatskappy B dus die kennis opdoen, is hy ingevolge die algemene verteenwoordigingsbeginsels verplig om kennis aan die maatskappy oor te dra en word kennis daarvan aan die maatskappy toegeskryf. Wat sou egter die posisie wees indien 'n ander werknemer (en nie noodwendig 'n verteenwoordiger nie) van maatskappy B die kennis opdoen?

seël, sy eie handtekening en 'n vervalste handtekening van die direkteur daarop uitgereik. Die maatskappy is nie gebonde gehou aan die vervalste dokument nie.

97 *The Wandsworth and Putney Gas- and Light and Coke Co v Wright* (1870) 22 LT 404; *Howard v Patent Ivory Manufacturing Co* (1888) 38 Ch D 156; *Burnstein v Yale* 1958 1 SA 768 W; Oosthuizen 1976:257.

98 Weens die werking van die leerstuk van toegerekende kennis.

99 *In re Fireproof Doors Ltd; Unmey v The Company* 1916 2 Ch 142.

100 *Potchefstroom se Stadsraad v Kotze* 1960 3 SA 616 A:630: "It is trite law that if agency, whether express or implied, is proved to exist, knowledge, within certain limits, acquired by the agent within the scope of such authority, is deemed to be the knowledge of the principal".

101 Joubert 1979:225; Kerr 1972:205.

102 In hierdie opsig het die toeskrywing van kennis meestal verband gehou met die feit of 'n maatskappy deur estoppel verbied kon word om die volmag van 'n bepaalde verteenwoordiger te ontken. Vir 'n bespreking van die leerstuk van estoppel, sien hoofstuk 8. Vir 'n verdere bespreking hiervan, sien Oosthuizen 1976:258, sowel as *Houghton and Co v Norhard Lowe and Wills* 1928 AC 1.

Oosthuizen¹⁰³ identifiseer 'n verdere probleem in hierdie verband: Wat sou die posisie wees indien die twee maatskappye gemeenskaplike amptenare het? Kan kennis aan beide die maatskappye toegeskryf word as gevolg van die feit dat hulle gemeenskaplike amptenare het, of moet elke amptenaar se bevoegdhede in 'n vakuum beskou word? Daar is nie eenvoudige antwoorde vir hierdie vrae nie en dit blyk dat die Suid-Afrikaanse reg wat hierdie aspek aanbetref in 'n nimmereindigende moeras van onsekerheid rondspartel.¹⁰⁴ 'n Moontlike oplossing sou waarskynlik wees dat daar op 'n kasuïstiese basis met elke probleemgeval omgegaan word ten einde die omvang van die kennis sowel as die verpligtinge van die amptenaar om die kennis aan die maatskappy te openbaar vas te stel, ten einde te bepaal of werklike kennis aan die derde toegereken kan word wat gevolglik sy *bona fides* sal ontsenu.

8.2 Agterdogwekkende omstandighede

Die werking van die *Turquand*-reël word uitgeskakel indien daar agterdogwekkende omstandighede aanwesig is wat die derde se *bona fides* sal ontsenu.¹⁰⁵ Die agterdogwekkende omstandighede kan basies in twee kategorieë verdeel word, naamlik eerstens die verlening van magtiging aan 'n bepaalde beampte en tweedens die uitoefening van die verleende volmag.¹⁰⁶

Montrose¹⁰⁷ verduidelik die agterdogwekkende omstandighede wat tot verdere ondersoek deur die derde moet lei soos volg:

[A] provision in the articles, for example of a power to delegate is not by itself sufficient to constitute an appearance of authority. The circumstances, including the nature of the representation, may be such as to put a reasonable person on inquiry as to the existence of actual authority....The provision in the articles has to be read

103 Oosthuizen 1976:258.

104 Oosthuizen 1976:259 probeer oplossings vir hierdie vrae in sy proefskrif te bied. Hy verwys na Engelse regspraak, maar gee toe dat die antwoorde "vaag" is.

105 Du Plessis 1991: 302, 305-306. Sien *B Ligget (Liverpool) Ltd v Barclays Bank Ltd* 1928 1 KB 48 *per* Wright J: "Whatever may be the exact scope of the rule in *Turquand's* case I think it is quite clear on principle and on the authorities that it can never be relied upon by a person who is put on inquiry. The rule proceeds on a presumption that certain acts have been regularly done, and if the circumstances are such that the person claiming the benefit of the rule is really put on inquiry, if there are circumstances which debar that person from relying on the prima facie presumption, that it is clear...that he cannot claim the benefit of the rule." Sien ook *Wolpert v Uitzigt Properties (Pty) Ltd* 1961 2 SA 257 W op 266 F(punt (iii)); *Big Dutchman (South Africa) Pty Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1979 3 SA 267 W op 280 B-C; *Rolled Steel Products (Holdings) Ltd v British Steel Corp* 1985 3 All ER 52 CA op 77j-78d.

106 Vir 'n volledige bespreking van hierdie kategorieë sien Oosthuizen 1976:265-272.

107 1968.

together with the general circumstances as a whole in order that there be a representation of authority.¹⁰⁸

8.3 Vervalsings

Na die 1906-beslissing van die Court of Appeal in *Ruben v Great Fingall Consolidated*¹⁰⁹ is dit algemeen aanvaar dat die *Turquand*-reël nie toepassing vind in gevalle van vervalsing nie. Indien iemand (wat nie self bevoeg is om namens die maatskappy te handel nie) dus byvoorbeeld die handtekening van die sekretaris of direkteur van 'n maatskappy vervals, is die maatskappy nie op grond van die *Turquand*-reël hieraan gebonde nie.¹¹⁰

Hierdie aspek is volgens Oosthuizen nog nie pertinent in Suid-Afrika onder die loep geneem nie.¹¹¹ Indien dit wel ter sprake sou kom, sou die Suid-Afrikaanse reg volgens hom waarskynlik “in dieselfde moeras...beland”. Alhoewel dit op eerste oogopslag mag lyk asof daar wel sprake van vervalsing in die beslissing van *Oranje Benefit Society v Central Merchant Bank Ltd*¹¹² was, is dit egter nie die geval nie. Die twee agente (die sekretaris en hoof uitvoerende beamppte sowel as die voorsitter van die uitvoerende komitee) het in stryd met die besluit van die uitvoerende komitee opgetree. Hierdie persone sou egter in normale omstandighede oor die bevoegdheid beskik het om die maatskappy in die betrokke omstandighede te bind. Hulle het bedrieglik opgetree deur voor te gee dat die uitvoerende komitee wel die handeling goedgekeur het. Hulle het egter self die dokumente vervals (dit is nie deur 'n derde wat onbevoeg was om die maatskappy te bind gedoen nie), en die kommunikasie met die derde het geskied by wyse van 'n dokument wat deur die agente self onderteken is, die dokument is dus bloot ter ondersteuning van die wanvoorstelling gebruik.

108 Op 255.

109 1906 AC 439 (HL). Op 443: “...that the doctrine applies only to irregularities that otherwise might affect a genuine transaction. **It cannot apply to a forgery.**” (Eie beklemtoning).

110 Volgens Oosthuizen kan die maatskappy wel op grond van estoppel in soortgelyke omstandighede aanspreeklikheid opdoen indien die maatskappy byvoorbeeld die skyn verwek het dat die handtekening eg is. Vir 'n dieptebespreking van die vervalsingsaspek in die Engelse reg, sien die bespreking hiervan in Oosthuizen 1976.

111 1976:282.

112 1976 4 SA 659 A.

Snyman omskryf bedrog¹¹³ as; “die wederregtelike opsetlike maak van ’n wanvoorstelling wat werklike benadeling tot gevolg het, of wat potensiële nadeel vir ’n ander inhou.” Terwyl hy vervalsing¹¹⁴ soos volg omskryf: “vervalsing word gepleeg indien iemand wederregtelik ’n valse dokument opstel met die opset om te bedrieg, en hierdie optrede aanleiding gee tot werklike of potensiële nadeel vir iemand anders.”

Alhoewel die onderskeid moontlik oormatig tegnies is, wil dit voorkom of die kern van die onderskeid tussen die twee misdade gesetel is in die feit dat daar by vervalsing altyd sprake van ’n dokument is, terwyl dit nie die geval by bedrog is nie.

Die gemeenregtelike posisie in Australië was onseker na die *Ruben v Great Fingall Consolidated*¹¹⁵-uitspraak en die teenstrydige uitspraak wat in *Lloyd v Grace Smith & Co*¹¹⁶ gelewer is. Hierdie onsekerheid is duidelik te bespeur in die uitsprake van al die regters¹¹⁷ in *Northside Developments Pty Ltd v Registrar-General & Ors.*¹¹⁸

Artikel 166 van die Australiese *Companies Act*¹¹⁹ is egter daargestel om bogenoemde probleme op te los. Die gesamentlike uitwerking van artikel 166 en artikel 164(3)(d) is die volgende: ’n Buitestander mag die aannames vervat in artikel 164(3) maak, selfs indien ’n maatskappyverteenwoordiger of agent bedrieglik gehandel het en selfs indien die amptenaar of agent ’n dokument vervals het wat klaarblyklik namens die maatskappy geseël is. Die enigste geval waar die buitestander ingevolge artikel 166 verhoed word om op die statutêre aannames staat te maak, is waar die derde **werklike** kennis gedra het van die vervalsing. Dit is nie voldoende om bloot aan te voer dat die derde redelikerwys behoort kennis te dra van die vervalsing nie.¹²⁰

113 1999: 534.

114 1999: 544.

115 1906 AC 439 (HL).

116 1912 AC 716.

117 Sien Mason J op 166; Brennan J op 186; Dawson J op 192-193 en Toohey J op 202-203.

118 1990 2 ACSR 161.

119 1989.

120 Tomasic *et al* 1992:303-304; Lipton & Herzberg 1988:109-110.

9. WISSELWERKING TUSSEN DIE *TURQUAND*-REËL EN ARTIKEL 228 VAN DIE MAATSKAPPYWET

Artikel 228 van die Wet verbied die direkteure van 'n maatskappy om sonder die goedkeuring van die algemene vergadering:

- (a) die geheel of wesenlik die geheel van die onderneming van die maatskappy; of
- (b) die geheel of die grootste deel van die bates van die maatskappy, te vervreem nie.

Subartikel 2 lees verder soos volg:

Geen besluit van die maatskappy ter goedkeuring van so 'n vervreemding is van krag tensy dit (die algemene vergadering) die besondere transaksie uitdruklik magtig of bekragtig nie.

Die vraag of die *Turquand*-reël in artikel 228-situasies aangewend kon word is onlangs in *Farren v Sun Service SA Photo Trip Management (Pty) Ltd*¹²¹ in die negatief beantwoord.

Die feite van die saak is kortliks soos volg. Daar is 'n skriftelike ooreenkoms tussen die applikant en respondent gesluit ingevolge waarvan die respondent sekere onroerende goed aan die applikant verkoop het. Die respondent het egter die ooreenkoms gerepudieer. Die applikant het toe 'n aansoek om spesifieke nakoming van die ooreenkoms gebring.

Die hof het beslis dat die sluiting van die ooreenkoms wel *intra vires* die maatskappy was, maar dat die nodige toestemming van die algemene vergadering, soos vereis deur artikel 228, nie verkry is nie. Die hof bevestig dat dit die oogmerk van artikel 228 is om aandeelhouers te beskerm waar die bestuur van die maatskappy aan die direkteure oorgelaat is.¹²²

121 2003 2 All SA 406 C. Sien ook Von Willich 1988:7.

122 Die hof verwys na die volgende sake: *Sugden v Beaconhurst Dairies (Pty) Ltd* 1963 2 SA 174 E:179G; *Levy and Others v Zalrut Investments (Pty) Ltd* 1986 4 SA 479 W: 485B en spesifiek na die volgende paragraaf in *Lindner v National Bakery (Pty) Ltd* 1961 1 SA 372 O om die doel van artikel 228 vas te stel: "...appears to be to prevent the directors from obtaining a general authority to enter into any agreement for the disposal of the undertaking of a company or of the whole or greater part of its assets as they, the directors, might in future deem advisable. The object of the section is therefore evidently that the shareholders are to exercise control over the disposal of the undertaking or greater part of the assets of the company."

Die hof het saamgestem met die uitspraak in *Alley v Courtesy Wholesalers (Pty) Ltd*¹²³ waar beslis is dat 'n handeling wat sonder die toestemming van die algemene vergadering aangegaan is, nie nietig is nie, aangesien artikel 228 voorsiening maak vir die ratifikasie van sodanige handelinge.

Die hof het egter nou voor die werklike probleem te staan gekom en dit is, dat indien die *Turquand*-reël toegepas word, dit in effek daartoe sou lei dat die bepalings van artikel 228 as gevolg hiervan van nul en gener waarde sou wees. Die direkteure sou dus die enigste bate van 'n maatskappy sonder die toestemming van die algemene vergadering kon vervreem.

Om bogenoemde probleem op te los, het die hof na die bedoeling van die wetgewer met die instelling van artikel 228 gaan kyk. Die hof het bevind dat die bedoeling van die wetgewer was om aandeelhouders te beskerm en dat daar effek aan hierdie bedoeling gegee moet word. Die *Turquand*-reël kan dus nie in artikel 228-situasies aanwending vind nie en die aansoek word gevolglik van die hand gewys.

10. INVLOED VAN DIE TURQUAND-REËL TEN OPSIGTE VAN REGSPERSONE ANDERS AS MAATSKAPPE

Alhoewel die *Turquand*-reël sy ontstaan aan die maatskappyereg te danke het, is hierdie reël mettertyd tot regspersone anders as maatskappye uitgebrei.¹²⁴ Daar word egter daarmee volstaan deur kennis te neem van hierdie uitbreiding, aangesien 'n volledige bespreking hiervan buite die bestek van hierdie proefskrif val.

123 1996 3 SA 134 N.

124 Vir 'n volledige bespreking van die uitbreiding van die *Turquand*-reël, sien Oosthuizen 1976:318-341. Dit is interessant om daarop te let dat die *turquand*-reël onlangs opspraak gemaak het in die trustreg. In *Vrystaat Mielies (Edms) Bpk v Nieuwoudt* 2003 2 SA 262 A en *Land and Agricultural Bank of South Africa v Parker* 2005 2 SA 77 SCA het die appèlhof die moontlike toepassing van die *turquand*-reël op besigheidstransaksies tussen trusts en derde partye ondersoek. Alhoewel Harms AR in die *Vrystaat Mielies*-beslissing in paragrafe 18-19 bevind het dat dit moeilik is om die *Turquand*-reël in die trustreg toe te pas, het Cameron AR in die *Parker*-beslissing in paragraaf 37.1 aangevoer dat die *Turquand*-reël: "may well in suitable cases have a useful role to play in safeguarding outsiders from unwarranted contestation of liability by trusts that conclude business transactions". Sien Hyland en Smith 2006: 20 in hierdie verband. Vir die moontlike toepassing van die *Turquand*-reël in die vennootskapsreg, sien Henning en Du Plessis 1993:347.

11. ALTERNATIEWE REMEDIES

Dit is belangrik om daarop te let dat daar ook alternatiewe remedies tot die *Turquand*-reël is, wat vir derdes beskerming kan bied.¹²⁵ Voorbeelde hiervan is die estoppelleerstuk, die geldigheidsvermoede,¹²⁶ ander beskermingsvoorskrifte wat in die statute mag voorkom,¹²⁷ die bewyskrag van die notule¹²⁸ en enkele ander wetsvoorskrifte.¹²⁹

12. REGSVERGELYKENDE BLIK

12.1 Engeland

Die *Turquand*-reël het in Engeland ontstaan¹³⁰ en die verdere ontwikkeling van die reël stem grootliks met die Suid-Afrikaanse posisie ooreen. Daar is egter een belangrike verskil en dit is dat die leerstuk van toegerekende kennis alreeds in Engeland afgeskaf is.¹³¹ Artikel 35B van die Engelse *Companies Act*¹³² lees soos volg:

A party to a transaction with a company is not bound to enquire as to whether it is permitted by the company's memorandum or as to any limitation on the powers of the board of directors to bind the company or authorise others to do so.

Die afskaffing van die leerstuk van toegerekende kennis tesame met die statutêre *Turquand*-reël¹³³ het grootliks die probleme in hierdie verband in Engeland opgelos.

125 'n Volledige bespreking van hierdie alternatiewe remedies kan gevind word in Oosthuizen 1976:298-317.

126 Wet 61/1973 artikel 214.

127 Byvoorbeeld r 83 van tabel A wat 'n uitbreiding is op artikel 214; sien ook klousule 79 van tabel A van die Engelse *Companies Act* van 1948.

128 Sien ook Wet 61 van 1973 artikel 243.

129 Sien byvoorbeeld artikel 74(1) van die Engelse *Law of Properties Act* 1925. Daar blyk egter nie soortgelyke bepalings in die Suid-Afrikaanse reg aanwesig te wees nie.

130 *Royal British Bank v Turquand* (1856) 6 E&B 327.

131 Dit is gedoen deur die *Companies Act* 1985 artikel 711 tesame met die bepalings van artikel 35B te lees. Sien Dine 1994:58 sowel as Stamp 1986:963-964. Sien ook hoofstuk 5 vir 'n meer gedetailleerde bespreking van die leerstuk van toegerekende kennis.

132 1985. Vir 'n bespreking van die posisie jeens die afskaffing van die leerstuk van toegerekende kennis in terme van die 2006 *Companies Act* sien hoofstuk 5: paragraaf 8.1., voetnota 79 en hoofstuk 6: paragraaf 8.1.5.

133 Soos vervat in artikel 35B van die *Companies Act* 1985.

Daar word egter een uitsondering op bogenoemde situasie aangetref en dit word vervat in artikel 322A van die *Companies Act*.¹³⁴ Hierdie artikel bepaal dat waar 'n derde 'n transaksie met die maatskappy en (i) 'n direkteur van daardie maatskappy of 'n direkteur van daardie maatskappy se houermaatskappy; of (ii) 'n persoon verbonde aan die direkteur of die maatskappy met wie sodanige direkteur geassosieer word aangaan, die situasie soos volg daar sal uitsien:¹³⁵

- a) Die transaksie is vernietigbaar op aandrang van die maatskappy in soverre dit persone genoem in kategorieë (i) en (ii) insluit.
- b) Elkeen van die persone genoem in kategorieë (i) en (ii), sowel as enige direkteur wat die transaksie gemagtig het, is persoonlik aanspreeklik teenoor die maatskappy vir enige persoonlike wins gemaak sowel as vir die vergoeding van enige verlies wat die maatskappy moontlik as gevolg van die transaksie kon ly.
- c) Persone wat egter buite die bestek van kategorieë (i) en (ii) val, geniet steeds die beskerming ingevolge artikel 35B van die *Companies Act*.¹³⁶ Die hof het egter in hierdie gevalle 'n breedvoerige billikheidsdiskresie om selfs die transaksie ter syde te stel indien die hof dit as billik en regverdig ag.¹³⁷

Die Engelse wetgewer het 'n nuwe *Companies Act* in 2006 gepromulgeer. Artikel 35 van die 1989 *Companies Act* is in die 2006 *Wet* deur artikels 39 en 40 vervang. Die regsposisie het nie veel verander in die 2006 *Wet* nie. Daar is egter subtiele verskille tussen die twee wette, hierdie verskille is egter reeds breedvoerig in hoofstuk 6 bespreek en 'n asfonderlike bespreking sal onnodige duplisering tot gevolg hê.¹³⁸

Artikel 322A van die 1989 *Companies Act* is byna woordeliks in artikel 41 van die 2006 *Companies Act* oorgeneem en gevolglik bly bogenoemde bespreking van artikel 322A steeds relevant, artikel 41 lees soos volg:

- 41 Constitutional limitations: transactions involving directors or their associates
- (1) This section applies to a transaction if or to the extent that its validity depends on section 40 (power of directors deemed to be free of limitations under company's

134 1985.

135 Vir 'n volledige beskrywing van hierdie terme sien Dine 1994: hoofstuk 6. Vir 'n bespreking van die posisie van 'n besturende direkteur in die Engelse reg in soverre dit die *Turquand*-reël aanbetref, sien *Criterion Properties PLC v Stratford UK Properties Llc, Aubrey Glaser & Criterion-Stratford Umbrella Group Ltd*; 17 June 2004, House of Lords.

136 1985.

137 Dine 1994: hoofstuk 6.

constitution in favour of person dealing with company in good faith). Nothing in this section shall be read as excluding the operation of any other enactment or rule of law by virtue of which the transaction may be called in question or any liability to the company may arise.

(2) Where—

(a) a company enters into such a transaction, and

(b) the parties to the transaction include—

(i) a director of the company or of its holding company, or

(ii) a person connected with any such director, the transaction is voidable at the instance of the company.

(3) Whether or not it is avoided, any such party to the transaction as is mentioned in subsection (2)(b)(i) or (ii), and any director of the company who authorised the transaction, is liable—

(a) to account to the company for any gain he has made directly or indirectly by the transaction, and

(b) to indemnify the company for any loss or damage resulting from the transaction.

(4) The transaction ceases to be voidable if—

(a) restitution of any money or other asset which was the subject matter of the transaction is no longer possible, or

(b) the company is indemnified for any loss or damage resulting from the transaction, or

(c) rights acquired bona fide for value and without actual notice of the directors' exceeding their powers by a person who is not party to the transaction would be affected by the avoidance, or

(d) the transaction is affirmed by the company.

(5) A person other than a director of the company is not liable under subsection (3) if he shows that at the time the transaction was entered into he did not know that the directors were exceeding their powers.

(6) Nothing in the preceding provisions of this section affects the rights of any party to the transaction not within subsection (2)(b)(i) or (ii). But the court may, on the application of the company or any such party, make an order affirming, severing or setting aside the transaction on such terms as appear to the court to be just.

(7) In this section—

(a) "transaction" includes any act; and

(b) the reference to a person connected with a director has the same meaning as in Part 10 (company directors).

12.2 VSA

Daar bestaan 'n noue historiese verwantskap tussen die Engelse maatskappy en die Amerikaanse "corporation". Die rede hiervoor is dat beide die Engelse "companies" sowel as die Amerikaanse "corporations" hul ontstaan te danke het aan "Special charters".¹³⁹ Daar was egter in beide jurisdiksies bitter min van hierdie sogenaamde "Special Charter" maatskappye en aandeelhouers het hul aanspreeklikheid vir die skulde van maatskappye probeer beperk deur van kontrakte gebruik te maak, dit is dan inderdaad hoe die "Joint Stock Companies" in Engeland ontstaan het. Aandeelhouers se aanspreeklikheid is egter met gemengde welslae op hierdie wyse beperk en daar is in beide jurisdiksies besef dat die enigste werklike doeltreffende wyse om aanspreeklikheid te beperk deur middel van algemeen geldende wette sou wees.¹⁴⁰ Beperkte aanspreeklikheid is in 1855 in Engeland deur die promulgasie van die *Limited Liability Act* geskep, terwyl beperkte aanspreeklikheid vir die eerste keer in 1811 in die VSA aan vervaardigingsondernemings toegestaan is deur middel van die *New York General Incorporation Statute*.¹⁴¹

Alhoewel die *Turquand*-reël al by sommige geleenthede in die VSA toegepas is,¹⁴² is dit deesdae nie meer deel van die moderne Amerikaanse regstelsel nie. Situasies waar maatskappybeamptes hul volmag oorskry word ingevolge die gewone verteenwoordigingsbeginsels hanteer.¹⁴³

12.2.1 Beamptes

Die belange van derdes is juis as gevolg van die gebruik van gewone verteenwoordigingsbeginsels aan dié van die maatskappy ondergeskik gestel en juis

139 Gevurtz 2000:26.

140 Gevurtz 2000:26-28.

141 Gevurtz 2000:27. Ingevolge die *New York General Incorporation Statute* van 1811 is die aandeelhouers van vervaardigingsondernemings beskerm deur sogenaamde "double liability". Dit het daarop neergekom dat indien die maatskappy nie sy skulde kon betaal nie, die aandeelhouers slegs aanspreeklik teenoor krediteure sou wees vir 'n bedrag gelykstaande aan die bedrag waarvoor die aandele van die maatskappy oorspronklik uitgereik is. Die aandeelhouers kon dus slegs dubbel hul oorspronklike belegging verloor.

142 *County of Knox v Aspinwell* 21 How 539 US 1585; *Dowdle v Central Brick Co* 1934 206 Ind 42; *Gay v Hudson River Electric Power Co* 190 Fed 773 NDNY 1911; *Louisville NA&C Railway v Louisville Trust Co* 174 US 552 19 Supreme Court 817 1898. Vir 'n opsomming van verdere beslissings waarin die *Turquand*-reël in die VSA toegepas is, sien Baker 1942:180.

143 Oosthuizen 1976:413. Sien hoofstuk 2 vir 'n bespreking van verteenwoordigingsbeginsels in die Amerikaanse reg.

as gevolg hiervan het die Amerikaanse oplossing voorgestel dat sekere beamptes met inherente bevoegdhede beklee word.

Indien die beampte binne sy werklike volmag handel, word die maatskappy deur hierdie handeling gebind. Werklike volmag kan uitdruklik of stilswyend verleen word. Al die bevoegdhede wat met die uitdruklik verleende volmag verband hou, of daarby ingelees kan word, word by die stilswyende volmag ingesluit.¹⁴⁴

Dit is belangrik om daarop te let dat indien 'n handeling sonder die nodige volmag aangegaan is, dit deur ratifikasie reggestel kan word.¹⁴⁵ Ratifikasie kan stilswyend van aard wees, byvoorbeeld indien die maatskappy bewus is van die ware toedrag van sake, die voordele ingevolge die kontrak aanvaar of onredelik lank versuim om die gewraakte optrede te repudieer.¹⁴⁶

Dit is so dat verskillende state verskillende benaderings tot die probleem gehad het wat gelei het tot groot onsekerheid en verwarring jeens die inhoud van hierdie bevoegdhede.¹⁴⁷ Hierdie probleem is egter grootliks opgelos deur § 8.40(a) van die MBCA¹⁴⁸ en Del. GCL § 142. Waar die MBCA van 1969 spesifieke ampte daargestel het, byvoorbeeld tesourier, president, visepresidente en 'n sekretaris wat gevul moes word, het die 1984-wet aan die maatskappy self die vryheid gegee om te besluit watter beamptes die maatskappy benodig. Die probleme met betrekking tot die inherente bevoegdhede wat aan 'n titel gekoppel word, word hierdeur tot 'n groot mate opgelos. Die direksie word die vryheid gegee om nuwe ampte te skep soos hulle dit goed vind.¹⁴⁹

Publieke maatskappye in die VSA maak meestal van die volgende ampte gebruik: "Chairman of the Board of Directors" of "Chief Executive Officer" (CEO), "Chief Financial Officer" (CFO), "Chief Legal Officer" (CLO) en "Chief Operations Officer" (COO). Indien daar egter 'n president aangestel word, word hierdie beampte afsonderlik van bogenoemde ampte aangestel. In groot maatskappye word

144 Du Plessis 1991:287; Oosthuizen 1976:400; Davis 1937:183.

145 Oosthuizen 1976:400; Lattin *et al* 1968:235.

146 Oosthuizen 1976:400; Lattin *et al* 1968:235, 361; Ballantine 1946:151. Sien ook *American Anchor and Chain Corporation v United States* 331 F 2d 860 US Ct Cl 1964; *Meyers v El Tejon Oil and Refining Co* 29 Cal 2d 184, 174 P 2d 1 1946.

147 Oosthuizen 1976:413.

148 1984.

149 Hamilton 1997:319. Vir 'n bespreking van die inherente bevoegdhede wat aan bepaalde ampte toegereken is deur die MBCA 1969, sien Oosthuizen 1976:403-411.

assistentampste ook geskep, byvoorbeeld visepresident, assistentsekretaris en assistenttesouriers. Die beamptes van die maatskappy het bitter weinige inherente bevoegdheid; hul bevoegdheid moet deur die direksie aan hul gedelegeer word.¹⁵⁰

12.2.2 Bronne van bevoegdheid

Bronne van bevoegdheid van beamptes word in die volgende gevind: Die statute (tot 'n beperkte mate); die akte van oprigting (bepalings aangaande beamptes kom nie algemeen in hierdie dokument voor nie); verordenings deur die maatskappy (die funksies en pligte van die beamptes word gewoonlik breedvoerig hierin bespreek);¹⁵¹ algemene besluite deur die direksie, wat bevoegdheid aan beamptes of amptenare deleger; spesifieke besluite deur die direksie wat die beampte in staat stel om 'n spesifieke handeling te verrig, welke handeling deur die direksie goedgekeur en nagegaan word; inherente bevoegdheid gekoppel aan die amp – dit spruit grotendeels uit regspraak wat onder die 1969-MBCA beslis is.

'n Voorbeeld hiervan is die inherente bevoegdheid van die president: Die president mag slegs gewone besigheidstransaksies aangaan en nie buitengewone transaksies nie.¹⁵² Die bevoegdheid om wesenlike transaksies te magtig resorteer onder die direksie en nie onder die president nie.¹⁵³ Die inherente bevoegdheid wat aan die amp van die president gekoppel word, het al tot groot verwarring gelei. Daar het twee denkrigtings uitgekristaliseer. In sommige uitsprake is bevind dat die president enige bevoegdheid mag hê wat die direksie moontlik aan hom kon toeken.¹⁵⁴ Die tweede denkrigting voer aan die president slegs transaksies mag aangaan wat voortspruit uit

150 Hamilton 1997:320.

151 'n Voorbeeld hiervan sou die beskrywing van die tesourier se pligte soos aangetref in *General Overseas Films Ltd v Robin Intern Inc* 542 F Supp 684 (SDNY 1982) wees: "The treasurer takes charge and custody of and is responsible for all funds and securities of the corporation, and receives, gives receipts for, and deposits, all moneys due and payable to the corporation. The treasurer may be required to give a bond to ensure the faithful performance of his duties. The treasurer, however, does not have inherent or apparent authority to execute a loan or guarantee."

152 *Black v Harrison Home Co* 99 P 494 (Cal 1909); *In re Westec Corp* 434 F 2d 195 (5th Cir 1970).

153 *Shwartz v United Merchants & Manufacturers* 72 F 2d 256 (2d Cir 1934).

154 *Lee v Jenkins Bros.* 268 F 2d 357 (2d Cir 1959). In hierdie saak het die president van 'n maatskappy 'n pensioen van \$1500 'n maand aan 'n werknemer van 'n ander maatskappy aangebied indien die betrokke werknemer die diens van die ander maatskappy sou verlaat om by die president se maatskappy aan te sluit. Die hof het bevind dat hierdie handeling binne die inherente bevoegdheid van die president val.

die gewone bedryf van die betrokke besigheid waarmee die maatskappy homself bemoei.¹⁵⁵

Daar is egter ook regspraak wat die standpunt ondersteun dat bevoegdhede mag voortvloei uit spesifieke leerstukke soos byvoorbeeld estoppel¹⁵⁶, ratifikasie¹⁵⁷ en die versuim van die direksie om in sekere omstandighede op te tree.¹⁵⁸

12.2.3 Bepaling van omvang van bevoegdhede van beamptes

Daar rus 'n algemene verpligting op elke derde party wat met 'n verteenwoordiger van 'n maatskappy onderhandel om navraag te doen na die omvang van die bevoegdhede van die verteenwoordiger. Dit is riskant om bloot op die mondelinge mededelings van die verteenwoordiger staat te maak, aangesien hierdie mededelings meestal nie die verteenwoordiger se prinsipaal sal bind nie. 'n Mondelinge verklaring is nie genoegsaam om volmag te bewys nie.¹⁵⁹ Uit bogenoemde bespreking is dit duidelik dat daar ook nie sonder meer bloot op die inherente bevoegdheid van 'n amp as sulks staatgemaak kan word nie.

Die aangewese prosedure om te volg sou wees om die verteenwoordiger te versoek om 'n gesertifiseerde afskrif¹⁶⁰ van die resoluëie deur die direksie goedgekeur aan te bied as bewys van die inhoud van sy bevoegdheid, alvorens die transaksie gesluit word.¹⁶¹ Dit is egter so dat die frekwensie en ook die omvang van sekere transaksies

155 *Covington Housing Development Corporation v City of Covington* 381 F Supp 427 (ED Ky 1974), aff'd 513 F 2d 630 (6th Cir 1959). In hierdie saak het die president van 'n maatskappy 'n skikking namens die maatskappy in 'n regsgeding aangegaan en is daar bevind dat die president sy inherente bevoegdheid oorskry het.

156 Oosthuizen 1976:401; Lattin 1971:244; Oleck 1959:735; Ballantine 1946:147. Vir 'n bespreking van die werking van die estoppelleerstuk in hierdie omstandighede sien *Yucca Mining & Petroleum Co v Howard C Phillips Oil Co* 365 P 2d 925 (NM 1961).

157 Sien *Scientific Holding Co Ltd v Plessey Incorporated* 510 F 2d 15 (2d Cir 1974).

158 Vir 'n bespreking in hierdie verband met spesifieke verwysing na skynbare sowel as veronderstelde volmag, sien Hamilton 1997:325.

159 Hamilton 1997:322.

160 Hierdie afskrif moet verly wees deur die sekretaris of assistentsekretaris. Dit moet die datum van die vergadering uitstip en die korporatiewe seël van die maatskappy moet daarop aangebring wees.

161 Dit sou nie nodig wees vir die derde om verdere ondersoek na die sertifikaat in te stel nie, aangesien die maatskappy deur estoppel verbied sou word om aan te voer dat die feite vervat in die sertifikaat vals is, aangesien die sertifisering en hou van rekords een van die pligte van die sekretaris van die maatskappy is. *In re Drive-In Development Corporation* 371 F 2d 215 (7th Cir 1966). Indien die derde egter bewus is daarvan of bewus moes gewees het van die feit dat die mededelings in die sertifikaat vals is, sal die derde nie op die werking van estoppel kan staatmaak nie. *Keystone Leasing Corporation v Peoples Protective Life Insurance Co* 514 F Supp 841 (ED NY).

dit onekonomies mag maak om vir elkeen van die betrokke transaksies 'n gesertifiseerde afskrif van die resolusie van die direksie te vereis.

Daar is verskeie stemme in Amerika wat opgaan vir meer volledige beskerming van derdes. Daar is selfs skrywers wat die herinvoering van die *Turquand*-reël in die VSA bepleit.¹⁶² Aangesien die leerstuk van toegerekende kennis bykans onbekend is in die VSA,¹⁶³ kan die *Turquand*-reël 'n uiters magtige instrument in die hande van derdes wees, wat as beskermingsmaatreël kan dien indien hul te goeder trou met met 'n maatskappy deur middel van een van sy uitvoerende beamptes ooreenkomste aangaan.

12.3 Australië

12.3.1 Aannames

Australië het ook die statutêre weg gevolg deur die instelling van artikel 164 van die Australiese *Corporations Law*.¹⁶⁴ Persone wat met die maatskappy kontrakteer kan ingevolge hierdie artikel die volgende aannames ten opsigte van die geldigheid van hierdie transaksies maak:¹⁶⁵

- a) dat 'n persoon wat uit die dokumente soos vereis deur Artikels 242 en 335 wat by die Kommissaris geliasseer word, blyk om 'n direkteur of sekretaris van 'n maatskappy te wees, geldiglik aangestel is, en dat hierdie persoon oor die bevoegdhede beskik wat gewoonlik aan 'n direkteur of sekretaris van 'n maatskappy wat daardie tipe besigheid bedryf toegeken word;¹⁶⁶
- b) dat 'n persoon wat aktief deur die maatskappy as verteenwoordiger of agent aangebied word oor die gewone bevoegdhede beskik wat aan daardie tipe agent of verteenwoordiger toegeken word;¹⁶⁷
- c) dat 'n verteenwoordiger, beampte of agent van die maatskappy wat die bevoegdheid het om 'n bepaalde dokument namens die maatskappy uit te

162 Baker 1942:180.

163 Gower 1956:1399; Ballantine 1946:262; Davis 1937:177; Grange 1936:442.

164 1989. Vir 'n opsomming van die posisie voor die inwerkingtrede van die *Corporations Act* 1989, sien Lipton en Herzberg 1988:102-111. Sien ook *The Registrar General v Northside Developments Pty Ltd* 1988 14 ACLR 543 SC (NSW) 548-552.

165 Sien *Brick and Pipe Industries Ltd v Occidental Life Nominees Pty Ltd & Ors* (1991) 9 ACLC 324 en ook *Advanced Bank Australia Ltd v Fleetwood Star Pty Ltd & Anor* (1992) 10 ACLC 703.

166 Artikel 164(3)(b). Sien ook *Avery v Worldwide Testing Services Pty Ltd* 1990 2 ACSR 835.

reik, ook oor die bevoegdheid beskik om aan te dui dat die betrokke dokument eg is. Dit geld ook vir die geval waar die verteenwoordiger by magte is om 'n gesertifiseerde afskrif van 'n dokument namens die maatskappy uit te reik;¹⁶⁸

- d) dat 'n dokument behoorlik deur die maatskappy geseël is, indien die dokument klaarblyklik die maatskappy se seël op het, tesame met die handtekening van twee persone wat ingevolge artikel 164(3)(b) blyk twee direkteure van die maatskappy te wees, of 'n direkteur en die sekretaris van die maatskappy;¹⁶⁹
- e) dat die direkteure, die sekretaris, werknemers en agente van die maatskappy hul werk na behore uitgevoer het.¹⁷⁰

Artikel 164 is in 'n vereenvoudigde gewaad in Artikel 129¹⁷¹ van die *Corporations Act* van 2001 opgeneem. Die inhoud is in wese dieselfde met die enigste uitsonderings:

167 Artikel 164(3)(c). Sien ook *Australia and New Zealand Banking Group Ltd & Anor v Australian Glass and Mirrors Pty Ltd & Anor* 1991 9 ACLC 702.

168 Artikel 164(3)(d).

169 Artikel 164(3)(e). Sien ook *Northside Developments Pty Ltd v Registrar-General and Ors* 1990 2 ACSR 161; *Australia and New Zealand Banking Group Ltd & Anor v Australian Glass and Mirrors Pty Ltd & Anor* 1991 9 ACLC 702.

170 Artikel 164(3)(f).

171 (1) A person may assume that the company's constitution (if any), and any provisions of this Act that apply to the company as replaceable rules, have been complied with.

Director or company secretary

(2) A person may assume that anyone who appears, from information provided by the company that is available to the public from ASIC, to be a director or a company secretary of the company:

(a) has been duly appointed; and

(b) has authority to exercise the powers and perform the duties customarily exercised or performed by a director or company secretary of a similar company.

Officer or agent

(3) A person may assume that anyone who is held out by the company to be an officer or agent of the company:

(a) has been duly appointed; and

(b) has authority to exercise the powers and perform the duties customarily exercised or performed by that kind of officer or agent of a similar company.

Proper performance of duties

(4) A person may assume that the officers and agents of the company properly perform their duties to the company.

Document duly executed without seal

(5) A person may assume that a document has been duly executed by the company if the document appears to have been signed in accordance with subsection 127(1). For the purposes of making the assumption, a person may also assume that anyone who signs the document and states next to their signature that they are the sole director and sole company secretary of the company occupies both offices.

Document duly executed with seal

(6) A person may assume that a document has been duly executed by the company if: (a) the company's common seal appears to have been fixed to the document in accordance with subsection 127(2); and

(b) the fixing of the common seal appears to have been witnessed in accordance with that subsection.

- a) dat daar 'n algemene aanname gemaak kan word aangaande die nakoming van “replaceable rules”;¹⁷²
- b) daar word 'n onderskeid getref tussen aannames wat gemaak kan word indien dokumente met of sonder die maatskappyseël verly is;¹⁷³ en
- c) dat die beperking van die aannames wat in terme van dié artikel gemaak kan word, in 'n afsonderlike artikel¹⁷⁴ vervat is.

12.3.2 Beperking van aannames

Dit is egter belangrik om te onthou dat bogenoemde aannames slegs gemaak kan word indien die derde nie kennis gedra het van die gebrekkige volmag van 'n agent of direkteur van die maatskappy nie. Ingevolge artikel 164(4) en (5) kan die derde ook nie op bogenoemde aannames staatmaak indien die derde behoort te gewet het van die gebrek aan die nodige volmag weens die derde se noue verhouding met die betrokke maatskappy nie.

Artikel 164(4)(b) saamgelees met artikel 164(5)(b) is kontroversieel in die sin dat 'n derde nie op enige van bogenoemde aannames mag staatmaak indien hy “behoort te gewet het van die gebrek aan volmag” nie. Die statutêre posisie verskil hier van die gemeenregtelike een. Ingevolge die gemenerereg moes die derde kennis gedra het van die gebrek, of daar moes omstandighede aanwesig gewees het, wat 'n redelike persoon sou noop om verdere ondersoek in te stel (die derde sou dan geag word bewus te wees van dít wat die redelike persoon sou uitvind in die loop van sy verdere ondersoek).¹⁷⁵

Artikel 164(4)(b) en (5)(b) fokus op die verhouding wat tussen die derde en die maatskappy bestaan, eerder as om te let op bepaalde feitelike omstandighede wat

For the purposes of making the assumption, a person may also assume that anyone who witnesses the fixing of the common seal and states next to their signature that they are the sole director and sole company secretary of the company occupies both offices. Officer or agent with authority to warrant that document is genuine or true copy

(7) A person may assume that an officer or agent of the company who has authority to issue a document or a certified copy of a document on its behalf also has authority to warrant that the document is genuine or is a true copy.

(8) Without limiting the generality of this section, the assumptions that may be made under this section apply for the purposes of this section.

172 Artikel 129(1).

173 Artikel 129(4) en (5).

174 Artikel 128.

175 *Northside Developments Pty Ltd v Registrar-General and Ors* 1990 2 ACSR 161; *Progress Advertising (NZ) Ltd v Auckland Licensed Victuellers Industrial Union of*

aanwesig is. Indien die derde dus uit hoofde van sy verhouding met die maatskappy behoort bewus te gewees het van die gebrek wat bestaan, sal die derde nie op bogenoemde aannames kan staatmaak nie.¹⁷⁶

Artikel 164 is dus tot 'n groot mate 'n statutêre verskyningsvorm van die *Turquand*-reël.¹⁷⁷ Die leerstuk van toegerekende kennis is in die Australiese reg afgeskaf as gevolg van die negatiewe uitwerking wat hierdie leerstuk op die “indoor management rule”¹⁷⁸ gehad het.¹⁷⁹ Die beperking van aannames in die *Corporations Act* van 2001 is in artikel 128¹⁸⁰ van die wet vervat.

Daar is egter gevalle waar artikel 164(3)(a) nie toepassing kon vind nie, maar die *Turquand*-reël steeds toegepas kon word.¹⁸¹ Dit kan geïllustreer word deur die beslissing in *Australian Capital Television Pty Ltd v Minister for Transport and Communications for the Commonwealth of Australia & Ors*¹⁸² te bestudeer.

12.3.3 *Australian Capital Television Pty Ltd v Minister for Transport and Communications for the Commonwealth of Australia & Ors*

Die feite van die saak kan kortliks soos volg saamgevat word: Die 1942 *Broadcasting Act* is gewysig deur die *Broadcasting Amendment Act* van 1987 wat bepalinge bevat het, wat ten doel gehad het om die “equalisation of regional

Employers 1957 NZLR 1207; *Howard v The Patent Ivory Manufacturing Co* 1888 38 Ch D 156.

176 Vir 'n voorbeeld van die werking van artikels 164(4)(b) en (5)(b), sien *Brick and Pipe Industries Ltd v Occidental Life Nominees Pty Ltd & Ors* 1991 9 ACLC 324 sowel as *Lyford & Anor v Media Portfolio Ltd & Ors* 1989 ACLC 271.

177 Sien Bennet 1996:275 voetnoot 2, sowel as *Northside Developments Pty Ltd v Registrar-General & Ors* (1990) 8 ACLC 161.

178 Dit is die reël soos beliggaam in *Royal British Bank v Turquand* (1856) 6 E&B 327.

179 Bennet 1996:65. Sien ook hoofstuk 5 vir 'n volledige bespreking van die leerstuk van toegerekende kennis.

180 (1) A person is entitled to make the assumptions in section 129 in relation to dealings with a company. The company is not entitled to assert in proceedings in relation to the dealings that any of the assumptions are incorrect.

(2) A person is entitled to make the assumptions in section 129 in relation to dealings with another person who has, or purports to have, directly or indirectly acquired title to property from a company. The company and the other person are not entitled to assert in proceedings in relation to the dealings that any of the assumptions are incorrect.

(3) The assumptions may be made even if an officer or agent of the company acts fraudulently, or forges a document, in connection with the dealings.

(4) A person is not entitled to make an assumption in section 129 if at the time of the dealings they knew or suspected that the assumption was incorrect.

181 *Tomasic et al* 1992:273; *Australian Capital Television Pty Ltd v Minister for Transport and Communications for the Commonwealth of Australia & Ors* 1989 7 ACLC 525.

commercial television” daar te stel. Die wet is gewysig wat die uitreiking van kommersiële televisielisensies aanbetref. Die kommersiële televisiestasies moes implementeringsplanne aan die Minister vir goedkeuring voorlê voordat enige lisensies uitgereik sou word.¹⁸³

Die Minister was by magte om die volgende te doen: “...make guidelines to be complied with by the licences in preparing and submitting implementation plans...”¹⁸⁴ Artikel 94L(5) het verder bepaal dat die implementeringsplan, “...shall be in writing and shall be in accordance with any guidelines made by the Minister under s 94A.”

Die Minister het die volgende vier besluite geneem: In die eerste plek die weiering om die implementeringsplan voorgelê deur CTC¹⁸⁵ goed te keur;¹⁸⁶ tweedens die weiering om die implementeringsplan voorgelê deur CTS¹⁸⁷ goed te keur;¹⁸⁸ derdens het die Minister die implementeringsplan wat deur WIN¹⁸⁹ voorgelê is goedgekeur;¹⁹⁰ en laastens het die Minister ook twee implementeringsplanne wat deur CTS voorgelê is goedgekeur.¹⁹¹

Die applikant het aansoek gedoen vir die hersiening van die vier besluite ingevolge die *Administrative Decisions (Judicial Review) Act*.¹⁹² Die saak het voortgegaan met die veronderstelling dat indien die applikant nie op grond van die derde en vierde besluite suksesvol is nie, dit nie nodig sou wees om die eerste twee besluite onder die loep te neem nie.

Daar is weereens deur die hof bevestig dat indien daar op die oog af geen onreëlmatigheid betreffende die nienakoming van die vereistes gestel deur die akte is nie, die dokument en die verlyding daarvan tussen derdes, soos die Minister en die maatskappy, ten volle afdwingbaar is. Die hof het tot hierdie gevolgtrekking gekom,

182 1989 7 ACLC 525.
183 Artikels 94K, 94L, 94M en 94N.
184 Artikel 94A.
185 Die applikant.
186 Voortaan die eerste besluit.
187 Die vyfde respondent.
188 Voortaan die tweede besluit.
189 Die vierde respondent.
190 Voortaan die derde besluit.
191 Voortaan die vierde besluit.
192 1977.

deur eerstens te verwys na *County of Gloucester Bank v Rudry Merthyr Steam & House Coal Colliery Co*¹⁹³ en ook na *The Royal British Bank v Turquand*.¹⁹⁴

Daar is bevestig dat in Australië, anders as in Engeland, 'n statutêre korporasie gebonde gehou moes word indien die seël van die korporasie aangebring is op 'n dokument¹⁹⁵ wat betrekking het op 'n transaksie wat binne die bevoegdheidsfeer van die maatskappy resorteer het. Die seël is beskou as die korporatiewe ekwivalent van die handtekening van 'n individu en het gedui op die formele goedkeuring deur die korporasie.¹⁹⁶

Die gemeenregtelike ontwikkeling¹⁹⁷ van die korporatiewe seël word in diepte bespreek, waarna aangevoer word dat die gemenerereg steeds in hierdie verband van belang is, aangesien dit help verklaar waarom die aanbring van die seël van die korporasie deur handtekeninge geattesteer, nie op sigself 'n akte daarstel nie, maar wel as 'n geldige wilsuiting van die maatskappy beskou kan word.¹⁹⁸ Die regter volstaan met die bespreking van die ontstaan en gevolge van die *Turquand*-reël deur te bevind dat die *Turquand*-reël inderdaad van toepassing op die feite van die saak is.¹⁹⁹

Dit is interessant om daarop te let dat die regter na artikel 68A van die *Companies Code*²⁰⁰ verwys, 'n bepaling wat ingevoer is juis as gevolg van hierdie tipe litigasie. Ingevolge hierdie artikel kan 'n persoon wat met 'n maatskappy onderhandel onder sekere omstandighede aanvaar dat 'n dokument wat op die oog af die seël van die maatskappy dra, tesame met die handtekeninge van twee persone (waarvan een 'n direkteur en die ander 'n sekretaris of ook 'n direkteur is), ten volle bindend op die maatskappy sal wees.²⁰¹ Hierdie aanname kan deur 'n persoon gemaak word wat met 'n ander persoon onderhandel wat voorgee om titel in die eiendom van 'n maatskappy te verkry het. In hierdie omstandighede sal enige aannames wat deur

193 1895 1 Ch 629.

194 1856 6 E&B 327.

195 Vir die korporasie om gebonde gehou te word moes daar egter geen: "...fraud on the corporation, mistake, duress or legislative intention..." aanwesig gewees het nie. *Tomasic et al* 1992:273-274.

196 *Registrar-General v Northside Developments Pty Ltd & Ors* 1989 7 ACLC 52.

197 Op 533. Sien ook *Tomasic et al* 1992:274.

198 Op 534. Sien ook *Electricity Meter Manufacturing Co Ltd v Manufacturer's Products Pty Ltd* 1930 30 SR NSW 422; *Square D Co v CJ Kern Contractors Inc* 1984 318 SE 2d 527 op 29-530.

199 Op 534.

200 Die voorganger van artikel 164 van die *Corporations Law* 1989.

201 Artikel 68A(3)(e).

die ander persoon of die maatskappy gemaak is, geïgnoreer word.²⁰² Voorgenoemde omstandighede is egter nie uit 'n ontleding van die feite in kwessie teenwoordig nie en gevolglik sal hierdie aanname nie gemaak kan word nie.

Voorts bepaal artikel 68A(1) soos volg:

A person having dealings with a company is, subject to sub-section (4), entitled to make, in relation to these dealings, the assumptions referred to in sub-section (3) and, in any proceedings in relation to those dealings, any assertion by the company that the matters that the person is so entitled to assume were not correct shall be disregarded.

Artikel 68A(4) bepaal dat 'n persoon nie die aannames kan maak indien hy kennis gedra, of kennis behoort te gedra het van die ware toedrag van sake nie.

Die vraag wat sterk na vore tree is of artikel 68A(1) in hierdie saak toepassing vind? Die regter ontleed hierdie vraag verder, deur te vra of artikel 68A(1) inderdaad twee bene het en of hierdie twee bene deur die woord “and” verbind word.²⁰³

Die omstandighede waaronder CTS die sertifikate geseël het was vir die applikant van kardinale belang. Die regter het bevind dat die Minister in hierdie geval beskou moes word as 'n derde persoon wat teenoor die maatskappy handel.²⁰⁴ Die regter bevind egter dat die tweede been van artikel 68A(1), wat die situasie met betrekking tot handelinge tussen 'n derde party en 'n maatskappy reël, slegs van toepassing is op die verontagsaming van aannames **deur die maatskappy**.²⁰⁵ CTS het egter geen aannames in die betrokke geval gemaak nie. Die aannames is deur die derde party (die applikant) gemaak. Die regter voer verder aan, dat as gevolg van die besonderheid van die tweede been van artikel 68A(1), dit nie moontlik sal wees om die algemene bewoording van die eerste been in hierdie omstandighede toe te pas om gevolglik te bevind dat die Minister wel geregtig was om die betrokke aannames te maak nie.²⁰⁶ Die regter bevind egter dat die *Turquand*-reël wel in hierdie omstandighede gebruik kan word.²⁰⁷

202 Artikel 68A(2).

203 Op 534.

204 Op 534.

205 Op 534.

206 Op 534.

207 Op 534: “...reliance may be placed on the rule in *Turquand's* case...The dealings between CTS and the Minister were not contractual in character. On the other hand, in *Turquand's* case itself, Jervis CJ spoke in terms of ‘dealings’, and did not limit the

Die regter oorweeg hierna of artikel 68A van die *Companies Code* as 'n kodifikasie van die "indoor management rule" beskou moet word. Na oorweging van regter Wood se standpunt²⁰⁸ in *Barclays Finance Holdings Ltd v Sturgess & Ors*,²⁰⁹ dat artikel 68A wel as 'n kodifikasie beskou moet word, beslis die regter dat hy hom nie met hierdie standpunt kan vereenselwig nie.²¹⁰ Die regter voel dat die artikel dus nie as 'n kodifikasie bedoel is nie, maar eerder dat dit gepromulgeer is om die gebreke in die gemenereg aan te suiwer.²¹¹

Die regter beslis dus dat alhoewel artikel 68A baie probleme met betrekking tot die toepassing van die *Turquand*-reël oplos, daar steeds ruimte bestaan vir die ontwikkeling van die *Turquand*-reël. Hy verduidelik dit aan die hand van die volgende voorbeeld:

Assume A sues B for damages in tort for inducing company X to break its contract with A, and B denies formation of the contract on the ground of an irregularity in the internal management of company X. If, as seems to be so, s 68A of the Code does not apply, may not A rely on the rule in *Turquand's* case to meet the allegation by B? Likewise in the present case, the assertion of want of compliance with the articles is made by a third party, not by the company or by the party having dealings with the company. Section 68A(1) of the code will not apply. Nor, in the situation of the present case, will s 68A(2) apply; this subsection does postulate the tripartite relationship, but fixes upon the acquisition of property from the company.²¹²

Die regter het beslis dat die applikant nie kon bewys dat die CTS-sertifikate nie aan die riglyne voldoen het wat neergelê is nie. Die applikant het dus misluk in soverre

transactions comprised in that term. That no doubt may explain the use of the term 'dealings' in s68A of the Code."

208 Op 667: "There can be little doubt that these provisions were enacted, inter alia, to clarify and codify the indoor management rule developed from the decision in *Royal British Bank v Turquand* 1856 6 E&B 327; to overcome the distinction drawn in *Morris v Knassen* 1946 AC 459, between defective appointments and non-existent Appointments; to overcome the view arising out of *Ruben v Great Fingall Consolidated* 1906 AC 439, that the indoor management rule cannot assist in the case of forgery; and to codify the rule in *Howard v Patent Ivory Manufacturing Co* 1888 38 Ch D 156 to the effect that a third party could not take advantage of the indoor management rule if he had notice, actual or constructive that the person with whom he was dealing lacked the authority of the company."

209 1985 3 ACLC 662.

210 Op 535: "But s68A appears to be not so much a comprehensive code as a provision designed to repair the failings of the common law."

211 Die regter kom tot hierdie gevolgtrekking nadat hy die standpunte van regters Mason en Wilson in *Hungerfords & Ors v Walker & Ors* 1989 60 ALR 119 oorweeg het, op 535 kom hy tot die gevolgtrekking: "...it would be ironic if a legislative attempt to correct defects in the common law resulted in other flaws becoming ossified in the common law."

212 Op 535.

dit die derde en vierde besluite aanbetref en gevolglik is die aansoek met koste van die hand gewys.²¹³

12.3.4 *Northside Developments Pty Ltd v Registrar-General and Ors*

Die Turquand-reël het weer ter sprake gekom in *Northside Developments Pty Ltd v Registrar-General and Ors*²¹⁴ voor 'n volbank van die Hoë Hof van Australië. Hierdie saak sal nie in diepte bespreek word nie, maar dit is interessant om te let op die uiteenlopende opinies wat die regters in hierdie verband gehad het.

Reger Mason stem in sy uitspraak met regter Brennan saam dat 'n derde nie kan aanneem dat die agente van 'n maatskappy oor die nodige bevoegdheid beskik om die maatskappy te bind, waar daar omstandighede²¹⁵ aanwesig is wat die derde noop om verdere ondersoek aangaande hierdie bevoegdhede in te stel nie.

Regter Brennan sluit sy uitspraak af deur na die posisie van 'n krediteur wat 'n borgkontrak met 'n maatskappy sluit, waar die maatskappy borg staan vir 'n ander se skuld, soos volg op te som:

If the guarantee is not executed in apparent conformity with the formalities prescribed by the company's constitution, the guarantee is void. If the guarantee is executed in apparent conformity with those formalities, the validity of the guarantee can be assumed if (i) it is executed by officers or agents who would ordinarily be expected to have authority to do so, (ii) the guarantee is given for the purposes of the company's business or otherwise for the company's benefit, and (iii) there are no circumstances which put the creditor on inquiry as to the authority of those who executed the guarantee to do so.²¹⁶

213 Op 535.

214 1990 2 ACSR 161.

215 'n Voorbeeld van hierdie tipe omstandighede sou wees waar 'n handeling aangegaan word wat nie normaalweg binne die bevoegdheidsfeer van die maatskappy resorteer nie. Die regter kom tot hierdie gevolgtrekking deur na *Rolled Steel Products (Holdings) Ltd v British Steel Corp* 1986 Ch 246 te verwys. Sien op 284 waar die regter die volgende oor die *Turquand*-reël te sê het: "...is not an absolute and unqualified rule of law, applicable in all circumstances...even if persons contracting with a company do not have actual knowledge that an irregularity has occurred, they will be precluded from relying on the rule if the circumstances were such as to put them on inquiry which they failed duly to make."

216 Op 188.

Regter Dawson bevind dat die agente nie oor die nodige bevoegdheid beskik het om die maatskappy te bind nie, en dat die seël 'n vervalsing was, wat daartoe gelei het dat die *Turquand*-reël dus nie toegepas kon word nie.²¹⁷

Regter Toohey het op sy beurt met regter Dawson saamgestem, maar ook verder gepoog om die *Turquand*-reël in konteks te beskou.²¹⁸ Hy kom tot die gevolgtrekking:

...where the question is whether an officer of the company has authority to bind the company by his actions, the context moves from one of indoor management to one of agency and the ordinary rules of agency then come into play. The indoor management rule is in effect a concession to the outsider in dealing with a company; it does not confer authority on an officer of the company to enter into a contract where that authority does not otherwise exist.²¹⁹

Regter Toohey stem verder saam met die onderskeid wat regter Dawson tref met betrekking tot vervalsings van handtekeninge of die maatskappyseël en ander vervalsings, en dat die gewone verteenwoordigingsreëls in die eerste geval toepassing sal vind en nie die "indoor management rule" nie.²²⁰

Regter Gaudron voer in sy uitspraak aan dat die *Turquand*-reël volgens hom niks minder as 'n verskyningsvorm van die estoppelleerstuk is nie:

...like the doctrine of 'apparent' or 'ostensible' authority, the rule in *Turquand's* case may have its genesis in estoppel or in notions very similar to those that underlie that doctrine...²²¹

Regter Gaudron se uitspraak is uiters ongelukkig aangesien hy ooglopend verkeerd is deur aan te voer dat die *Turquand*-reël nie 'n eiesoortige regsverskynsel is nie, maar eerder 'n tipe estoppel. Hierdie is 'n sprekende voorbeeld waar die howe weereens nie behoorlike onderskeid kon tref tussen die estoppelleerstuk en die *Turquand*-reël nie.

217 Op 201.
218 Op 202.
219 Op 203.
220 Op 204.
221 Op 206.

13. GEVOLGTREKKINGS EN AANBEVELINGS

Die maatskappy word met regspersoonlikheid bekleed, maar moet deur middel van verteenwoordigers optree. Dit skep risiko's vir beide die maatskappy sowel as derde partye wat met die verteenwoordigers onderhandel en ooreenkomste aangaan. Ten einde die risiko vir die maatskappy te verminder is die leerstuk van toegerekende kennis geskep, waarvolgens kennis van die openbare dokumente aan derdes wat met die maatskappy onderhandel, toegereken word. Die groter beskerming wat die leerstuk van toegerekende kennis egter aan die maatskappy en indirek aan die aandeelhouders van die maatskappy gebied het, het tot aansienlike benadeling van *bona fide*-derdes gelei wat met die maatskappy gekontrakteer het. In 'n poging om 'n meer billike bedeling daar te stel het die hof die *Turquand*-reël geskep.

Ingevolge die *Turquand*-reël word die ondersoek wat van derdes geveerg word beperk tot dáárdie aangeleenthede waaraan publisiteit verleen is. Die *Turquand*-reël is 'n billikheidsreël en die toepassing van hierdie reël het al by verskeie geleenthede tot verwarring en teenstrydige beslissings gelei, juis vanweë die feit dat die reël se presiese omvang en inhoud nie aanvanklik beskryf is nie, maar dat die reël op 'n kasuïstiese wyse as billikheidsremedie gebruik is. Dit het gelei tot 'n troebel moeras van onsekerheid jeens die presiese toepassingsgebied sowel as inhoud van die reël.

Die *Turquand*-reël veral in die Engelse reg²²² verwater tot weinig meer as 'n verskyningsvorm van die estoppelleerstuk en wel as gevolg van die volgende redes.²²³ Die eerste rede vir die verwatering van die *Turquand*-reël is die versuim aan die kant van die hof om die *Turquand*-reël as selfstandige regsreël te beskou. Die tweede rede waarom die *Turquand*-reël verwater skakel nou met die eerste rede en dit is dat die hof ander regsreëls (byvoorbeeld estoppel) onder die vaandel van die *Turquand*-reël toepas.²²⁴ Die derde rede vir die verwatering van die *Turquand*-reël is die uitbreiding van die reël buite sy natuurlike aanwendingsgebied deur byvoorbeeld estoppelvereistes op die reël oor te plant. In die laaste plek heers daar ook verwarring oor die presiese aard van die *Turquand*-reël.

222 *Freeman & Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd* 1964 1 All ER 630 (CA).

223 Oosthuizen 1976:417.

224 'n Tipiese voorbeeld hiervan kan gevind word in *Houghton and Co v Norhard Lowe and Wills* 1927 1 KB 246 (CA).

Ten spyte van bogenoemde probleme wat veral in die Engelse reg aangetref word, is sake ietwat meer bevredigend deur die howe in Suid-Afrika hanteer. In *Mine Worker's Union v Prinsloo*²²⁵ het die Appèlhof dit onomwonde gestel dat die *Turquand*-reël 'n selfstandige leerstuk is en dat dit nie met estoppel verwar moet word nie. Onderhandelings met alle tipe maatskappyverteenwoordigers kan egter nie onder die *Turquand*-reël tuisgebring word nie.²²⁶ Die risiko bestaan egter ook in Suid-Afrika dat die howe in hierdie omstandighede die *Turquand*-reël verkeerdelik sou aanwend.²²⁷

Oosthuizen²²⁸ voer aan dat ondanks die oorvleueling tussen die leerstuk van estoppel en die *Turquand*-reël daar steeds 'n behoefte aan hierdie reël bestaan, met die voorbehoud dat die toepassingsveld van die *Turquand*-reël duidelik afgebaken word. Dié skrywer gee egter toe dat hierdie reël so ineengevleg met die leerstuk van estoppel geraak het dat daar dringend aan hierdie situasie aandag geskenk moet word, ten einde die gladde verloop van die handelsverkeer te verseker.

Daar word aan die hand gedoen dat hierdie posisie slegs beredder kan word deur 'n kodifikasie.²²⁹ Die skepping van 'n statutêre *Turquand*-reël word dus voorgestaan. Daar kan met vrug na die Engelse sowel as Australiese bedelings gekyk word. Die Engelse bedeling blyk egter van meer hulp te wees, aangesien die Australiese bedeling baie ingewikkeld is vanweë die feit dat die maatskappyseël so 'n prominente rol in daardie jurisdiksie speel.

Die skepping van die statutêre *Turquand*-reël gaan uiters ingewikkeld wees.²³⁰ Daar moet in gedagte gehou word dat sekere beperkings wel by hierdie reël ingebou moet word, ten einde 'n billike afweging tussen die belange van die maatskappy en *bona fide*-derdes tot gevolg te hê.²³¹ Die *Turquand*-reël behoort dus nie toepassing te vind in gevalle waar die derde *mala fide* of 'n direkteur van die maatskappy is nie. Die *Turquand*-reël behoort ook nie toepassing te vind in gevalle van vervalsing of waar

225 1948 3 SA 831 A.

226 Waar 'n persoon wat byvoorbeeld geldiglik aangestel is buitengewone bevoegdhede uitoefen.

227 Veral in navolging van die uitspraak in *Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd* 1964 1 All ER 630 (CA).

228 Oosthuizen 1976:420.

229 Soos gedoen in Australië en Engeland.

230 Daar sal nie in hierdie proefskrif gepoog word om beslag aan hierdie statutêre bepaling te gee nie, aangesien die opstel van wette 'n hoogs gespesialiseerde veld is waarvan die skrywer van hierdie proefskrif nie genoegsame kennis dra nie.

231 Sien paragraaf 8.

daar agterdogwekkende omstandighede aanwesig is wat die derde sal noop om verdere ondersoek na die omvang van die verteenwoordiger se volmag in te stel nie.

Die leerstuk van toegerekende kennis moet afgeskaf word, wat tot gevolg sal hê dat die posisie van *bona fide*-derdes verbeter word, deurdadig hul beroep op estoppel nie meer ontsenu sal word deur die kennis wat aan hul toegereken word nie. Daar is verskeie regstelsels²³² wat sonder die *Turquand*-reël klaarkom, die rede hiervoor is dat die leerstuk van toegerekende kennis vreemd tot hierdie regstelsels is.

Alhoewel die Amerikaanse voorstel dat gewone verteenwoordigingsbeginsels tot 'n groot mate gebruik word om die probleme in hierdie verband op te los, kan dit selfs in die afwesigheid van die leerstuk van toegerekende kennis nie oplossings in alle gevalle bied nie.²³³

Dit is dus duidelik dat die afskaffing van die leerstuk van toegerekende kennis die posisie van derdes tot 'n groot mate sal verbeter. Dit sal egter nie tot gevolg hê dat die behoefte aan die *Turquand*-reël sou verval nie. Daar bestaan talle interne onreëlmatighede wat nie verband hou met beperkings wat in die statute aangetref word nie, byvoorbeeld gebrekkige kennis van vergaderings, gebrekkige kworums of gebrekkige aanstelling van beamptes.

Bogenoemde aanbevelings sal tot gevolg hê dat die maatskappy, eerder as die derde, die risiko in hierdie gevalle moet dra. Dit is billik aangesien die maatskappy oor die bevoegdheid beskik om sy eie maatskappyverteenwoordigers aan te stel.²³⁴ Dit is verder ook billik dat die derde die risiko in hierdie gevalle moet dra aangesien daar bestaande beperkings op die *Turquand*-reël sal wees,²³⁵ en weens die feit dat die ongemagtigde verteenwoordiger steeds aanspreeklik teenoor die maatskappy sal wees weens sy vertrouenskendende optrede.²³⁶

Daar word dus voorgestel dat die *Turquand*-reël toegepas behoort te word deur 'n suiwer siening van die leerstuk²³⁷ binne 'n duidelike afbakening²³⁸ te gebruik, tesame

232 VSA, Duitsland en Nederland.

233 Eckert 1960:16 n 18.

234 Du Plessis 1991:302; Du Plessis 1990:paragraaf 2.3.

235 Sien paragraaf 8.

236 Du Plessis 1991:303; Du Plessis 1990:paragraawe 3.2.3 en 3.2.4; Naudé 1971:509.

237 Die *Turquand*-reël moet as 'n selfstandige reël beskou word wat beskerming aan *bona fide*-derdes bied.

met die afskaffing van die leerstuk van toegerekende kennis. Die enigste wyse waarop hierdie voorstelle prakties uitgevoer kan word blyk egter die afskaffing van die gemeenregtelike *Turquand*-reël te wees en die daarstelling van 'n suiwer, eenvoudige en duidelik afgebakende statutêre *Turquand*-reël.

238 Oosthuizen 1976:428 stel voor dat die reël alleen onder die volgende toestande toepassing behoort te vind:
“(a) die onderhandelinge moet geskeid deur middel van 'n orgaan of beampte van die maatskappy ten aansien van wie daar 'n daadwerklike aanstellingshandeling plaasgevind het; gebreke wat aan die aanstelling kleef kan egter wel met beroep op die reël aangesuiwer word; en
(b) die handeling wat die orgaan of beampte voorgee namens die maatskappy te verrig moet een wees wat normaalweg met daardie posisie of amp vereenselwigbaar is.” Sien ook Blackman *et al* 2002:4.34-4.43.

HOOFSTUK 8

DIE ESTOPPELLEERSTUK

1. DOELWIT EN WERKSWYSE

Die doel van hierdie hoofstuk is om die toepassing van die estoppelleerstuk in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg te ontleed. Die ondersoek word beperk tot die ontleding van die estoppelleerstuk in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg, aangesien die estoppelleerstuk nie 'n leerstuk eie aan die maatskappyereg is nie.

Die werkswyse is om eerstens die ontstaan (in Engeland) en die resepsie van die leerstuk in die Suid-Afrikaanse reg te bestudeer. Die aard van die estoppelleerstuk, die vereistes wat nagekom moet word vir die leerstuk om toepassing te vind, sowel as die verhouding tussen die estoppelleerstuk en die *exceptio doli* word daarna ondersoek. Die verhouding tussen die estoppelleerstuk en die *ultra vires*-leerstuk sowel as die *Turquand*-reël word voorlaastens onder die loep geneem. Laastens word daar gepoog om 'n praktiese oplossing rakende die hantering van die estoppelleerstuk in die Suid-Afrikaanse reg daar te stel.

2. INLEIDING

Die estoppelleerstuk word deur die howe in die Suid-Afrikaanse reg toegepas, waar 'n persoon (die estoppelopwerper) op grond van die skuldige skynverwekking deur sy teenparty (die estoppelontkenner) tot sy nadeel handel. Die estoppelontkenner word nie toegelaat om die juistheid van sy wanvoorstelling te ontken nie.¹

1 Blacman *et al* 2002:4.43-4.46; Rabie en Sonnekus 2000:2; Du Plessis 1991:290; Joubert 1979:109. Vir 'n oorsig van die algemene ontwikkeling en toepassing van die leerstuk van estoppel in die Suid-Afrikaanse reg, sien *Waterval Estate Gold Mining Co Ltd v New Bullion Gold Mining Co Ltd* 1905 TS 717 op 722-723; *Baumann v Thomas* 1920 AD 428 op 434-436; *Union Government v National Bank of South Africa Ltd* 1921 AD 121; *Union Government v Vianini Ferro-Concrete Pipes (Pty) Ltd* 1941 AD 43 op 49; *Grosvenor Motors (Potchefstroom) Ltd v Douglas* 1956 3 SA 420 A op 427-428; *Resisto Dairy (Pty) v Auto Protection Insurance Co Ltd* 1963 1 SA 632 A op 642G-643G; *Poort Sugar Planters (Pty) Ltd v Minister of Lands* 1963 3 SA 352 A op 363D-365C; *Hauptfleisch v Caledon Divisional Council* 1963 4 SA 53 K op 56E-57F; *Connock's (SA) Motor Co Ltd v Sentraal Westelike Ko-operatiewe Maatskappy Bpk* 1964 2 SA 47 T op 49A-53H; *Johaadien v Stanley Porter (Paarl) (Pty) Ltd* 1970 1 SA 394 A; *Oakland Nominees (Pty) Ltd v Gellria Mining & Investment Co (Pty) Ltd* 1976 1 SA 441 A op 452A-H; *B & B Hardware Distributors (Pty) Ltd v Administrator, Cape* 1989 1 SA 957 A; *Saflec Security Systems (Pty) Ltd v Group Five Building (East Cape) (Pty) Ltd* 1990 4 SA 626 E op 634I-635G.

Appélregter Corbett het in *Aris Enterprises (Finance) (Pty) Ltd v Protea Assurance Co Ltd*² die toepassing van die leerstuk van estoppel in die Suid-Afrikaanse howe soos volg beskryf:

The essence of the doctrine of estoppel by representation is that a person is precluded, i.e. estopped, from denying the truth of a representation previously made by him to another person, if the latter, believing in the truth of the representation, acted thereon to his prejudice.

Appélregter Corbett het in bogenomde saak met goedkeuring na die beskrywing van Rabie³ aangaande die aanwending van die leerstuk van estoppel verwys.⁴

Die effek van die leerstuk van estoppel is dat die maatskappy daarvan weerhou sal word om op die ware toedrag van sake staat te maak indien die derde die volgende drie aspekte kan bewys: Eerstens, dat die maatskappy opsetlik of nalatig die wanvoorstelling gemaak het dat 'n agent oor die nodige volmag beskik het om die ooreenkoms namens die maatskappy aan te gaan. Tweedens, dat die derde as gevolg van hierdie wanvoorstelling beweeg is om die ooreenkoms met die maatskappy aan te gaan, en laastens dat die derde benadeel is as gevolg van die wanvoorstelling.⁵

Dit is veral belangrik dat die estoppelleerstuk en die *Turquand*-reël as afsonderlike leerstukke in die maatskappyereg beskou moet word, aangesien die vermenging van hierdie leerstukke al tot grootskaalse verwarring gelei het.⁶

2 1981 3 SA 274 A op 291D-E.

3 Rabie het die aanwending van die leerstuk in LAWSA soos volg geformuleer: “[A] person is precluded, i.e. estopped, from denying the truth of a representation previously made by him to another person if the latter, believing in the truth of the representation previously made by him to another person if the latter, believing in the truth of the representation, acted thereon to his prejudice.”

4 Rabie en Sonnekus 2000:2.

5 Cilliers *et al* 2000:193; Williams 1997:196-197; Van Huysteen en Van der Merwe 1990:86; Joubert 1979:109-122. Sien ook *Insurance Trust and Investments (Pty) Ltd v Mudaliar* 1943 NPD 45; *Big Dutchman (South Africa) (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1979 3 SA 267 W 282E-H; *B & B Hardware Distributors (Pty) Ltd v Administrator, Cape* 1989 1 SA 957 A; *Saflec Security Systems (Pty) Ltd v Group Five Building (East Cape) (Pty) Ltd* 1990 4 SA 626 E 634I-635G.

6 Sien hoofstukke 7 en 8.

3. DIE ONTSTAAN VAN DIE ESTOPPELLEERSTUK

Die estoppelleerstuk het in Engeland ontstaan⁷ en is vanuit die Engelse reg deur die Suid-Afrikaanse howe oorgeneem.⁸ Dit is interessant dat daar telkens in die Engelse reg na “estoppel by representation” verwys word, terwyl daar in die Suid-Afrikaanse reg bloot na “estoppel” verwys word, sonder dat daar uitdruklik verwys word na die skynverwekkende gedrag van die estoppelontkenner.⁹ Bower¹⁰ definieer “estoppel by representation” in die Engelse reg soos volg:

[W]here one person ('the representor') has made a representation to another person ('the representee') in words or by acts or conduct, or (being under a duty to the representee to speak or act) by silence or inaction, with the intention (actual or presumptive), and with the result, of inducing the representee on the faith of such representation to alter his position to his detriment, the representor, in any litigation which may afterwards take place between him and the representee, is estopped, as against the representee, from making, or attempting to establish by evidence, any averment substantially at variance with his former representation, if the representee at the proper time, and in the proper manner, objects thereto.¹¹

4. DIE AANVAARDING VAN DIE ESTOPPELLEERSTUK IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

Dit moet hier duidelik gestel word dat die estoppelleerstuk nie as sodanig in die Romeins-Hollandse reg geken is nie, maar van Engelsregtelike oorsprong is.¹² Daar sal vervolgens kortliks na 'n aantal beslissings verwys word ten einde die resepsie en toepassing van die estoppelleerstuk in die Suid-Afrikaanse reg te illustreer. Hierdie sake word in kronologiese volgorde bespreek.

7 Die Engelse estoppelleerstuk het vermoedelik in die “equity”-howe ontwikkel en het deel geword van die Engelse gemene reg gedurende die eerste helfte van die negentiende eeu. Rabie en Sonnekus 2000:34; De Wet 1939:5-9.

8 Rabie en Sonnekus 2000:4; Du Plessis 1993:175. Vir 'n bespreking van die ontstaan en die gevolglike oornames van die leerstuk deur die Suid-Afrikaanse howe, sien *Van Blommenstein v Holliday* 1904 SC 11; *United South African Association Ltd v Cohn* 1904 TS 733; *Waterval Estate and Gold Mining Co Ltd v New Bullion Gold Mining Co Ltd* 1905 TS 717; *In re Reynolds Vehicle & Harness Factory Ltd* 1906 23 SC 703 op 712; *Baumann v Thomas* 1920 AD 428 op 434.

9 Rabie en Sonnekus 2000:4.

10 1923:§15.

11 Hierdie selfde definisie word ook aangetref in Bower 1977:§3:4.

12 Rabie en Sonnekus 2000:33-34.

In *Merriman v Williams*¹³ het regter De Villiers in 1880 interessante opmerkings gemaak oor die moontlike aanwending van die verweer van estoppel binne die Suid-Afrikaanse gemeenregtelike konteks: “Now it is by no means clear to me that the principles of the English law relating to estoppel are applicable without modification to the law of this Colony.”¹⁴ Dit is sover bekend die eerste verwysing na die estoppelleerstuk in die Suid-Afrikaanse reg.

In *Van Blommenstein v Holliday*¹⁵ het regter De Villiers dit duidelik gestel in dat die Engelsregtelike bepalings aangaande estoppel nie bloot sonder enige aanpassings in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar kan word nie.¹⁶ Die regter voer verder aan¹⁷ dat hy daarvan oortuig is dat geen persoon wat in die Romeinse of Romeins-Hollandse reg skuldiglik of nalatiglik ’n sekere wanvoorstelling aan ’n persoon gemaak het, toegelaat sou word om op grond van enige feite anders as dié vervat in die wanvoorstelling die betrokke persoon aanspreeklik te hou nie. Die regter verwys na die *Digesta* (1.7.25), waar die voorbeeld gebruik word van ’n vader wat sy dogter toegelaat het om haarself as ’n geëmansipeerde minderjarige voor te doen, terwyl daar nie aan al die vereistes vir emansipasie voldoen is nie. Die dogter het te sterwe gekom nadat sy sekere erfgename in haar testament benoem het. Ulpianus het dit duidelik gestel dat die vader verhoed moes word om op die ongeldigheid van die minderjarige se testament staat te maak. Die regter het dus hierdie saak op grond van die Romeinse reg beslis.

Die regter voer egter verder aan dat die resultaat wat gevolglik bereik is dieselfde sou wees indien die saak in terme van die Engelse reg beslis sou word.¹⁸ Alhoewel die resultaat dieselfde sou wees indien die Engelse reg aangaande “estoppel by representation” toegepas sou word, kan hierdie saak nie as gesag dien dat die estoppelleerstuk, soos toegepas in Engeland, in Suid-Afrika oorgeneem is nie. Dit is betreurenswaardig dat die regter enigsins die Engelse reg in hierdie verband noem. Alhoewel dit met edele bedoelings gedoen is, is die saadjie hier gesaai vir eidelose

13 1880 Foord 135.

14 Op 172.

15 1904 SC 11.

16 Die regter bevestig en verduidelik dus sy uitspraak in *Merriman v Williams* 1880 Foord 135, wat hy 24 jaar vantevore gelewer het.

17 Op 18.

18 Op 20: “...If, therefore, the *dicta* which I have just quoted correctly lay down the law, there can be no doubt that under English law also the plaintiff would have been estopped from asserting his right to the shares.”

verwarring en die uiteindelijke moontlike gelykstelling van die Suid-Afrikaanse estoppelleerstuk en die Engelsregtelike leerstuk van “estoppel by representation”.

Die volgende verwysing na die estoppelleerstuk is te vinde in *United South African Association Ltd v Cohn*.¹⁹ Hierdie beslissing het net soos die *Van Blommenstein*-saak oor aandelesertifikate gehandel en is op dieselfde grondslag as daardie saak beslis. Regter Innes verwys in sy uitspraak²⁰ na die *Van Blommenstein*-saak wat vroeër dieselfde jaar deur die Kaapse Provinsiale Afdeling beslis is. Regter Innes verwys ook na die Engelse reg²¹ en beslis dat hierdie saak bykans dieselfde feite het en gevolglik op dieselfde grondslag beslis kan word.²² Die regter gaan verder deur die volgende te sê: “The principle which underlies the doctrine of estoppel is, in its main incidents, recognised by the Roman-Dutch law, and it is one which this court continually applies.”²³ Met hierdie stelling het regter Innes behoorlik die kat in die duiwehok gegooi. Waarna verwys die regter deur die frase “doctrine of estoppel” te gebruik? Bedoel die regter die estoppelleerstuk soos toegepas in die Romeinse erfreg wat genoem word in die *Van Blommenstein*-saak, of bedoel die regter die Engelsregtelike “estoppel by representation”-leersuk. Rabie²⁴ maak die punt dat regter Innes op geen tydstip in die uitspraak na enige Romeins-Hollandse gesag verwys nie. Die vraag wat dus ontstaan is of regter Innes inderdaad hierdie saak op grond van die Engelse reg beslis het? Dit blyk die geval te wees. Die saadjie van verwarring wat deur regter De Villiers in die *Van Blommenstein*-saak gesaai is, is nou behoorlik deur regter Innes natgelei.

’n Jaar later, in 1905, word *Waterval Estate and Gold Mining Co Ltd v New Bullion Gold Mining Co Ltd*²⁵ beslis. In hierdie saak ontstaan die vraag of die eienaar van ’n mynplaat op ’n plaas verhoed kan word om ’n uitsettingsbevel teen die verweerder te kry as gevolg van sekere handeling wat deur die eienaar verrig is. In hierdie saak bevind regter Curlewis dat die Engelsregtelike leerstuk van “estoppel by representation” analoog is aan die *exceptio doli mali* wat in die Romeinse reg aangetref word.²⁶ Die *exceptio doli mali* is deur die *praetor* ingestel om te verhoed

19 1904 TS 733.

20 Op 740.

21 Op 739. Hy verwys in die besonder na die volgende twee beslissings: *Rumball v Metropolitan Bank* 2 QBD 194 en *Colonial Bank v Cady* 15 App. Cas. 279.

22 Op 739.

23 Op 740.

24 Rabie 1992:24.

25 1905 TS 717.

26 Op 722.

dat enige persoon 'n voordeel sou trek as gevolg van sy eie *mala fide*-optrede.²⁷ Die regter gaan verder deur te bevind dat die Engelsregtelike “estoppel by representation” bloot 'n verfynde verskyningsvorm van die *exceptio doli mali* is en gevolglik sonder enige beperking in die Suid-Afrikaanse reg toegepas kan word.²⁸ Met alle respek gesê is hierdie bevinding van die geleerde regter totaal absurd en 'n bewys van die beheptheid met die Engelse reg wat in die vroeë twintigste eeu in Suid-Afrika aan die orde van die dag was. Daar moet met De Wet²⁹ saamgestem word dat hierdie aspek van die uitspraak van regter Curlewis uiters onbevredigend is, en alhoewel die saak korrek beslis is, het die vermenging van die Engelse reg met die Romeins-Hollandse reg behoorlik begin blom.³⁰

Die volgende groot ontwikkeling met betrekking tot die estoppelleerstuk het in die vroeë 1920's plaasgevind met 'n trilogie van hofsake wat deur die Appèlhof beslis is. Die eerste van hierdie trilogie was *Rossouw and Steenkamp v Dawson*.³¹ Sover bekend is hierdie die eerste uitspraak waar die Appèlhof die Engelsregtelike beginsels in verband met estoppel in Suid-Afrika toegepas het. Appèlregter Maasdorp het die volgende in sy uitspraak in verband hiermee gesê: “The doctrine of estoppel is now well recognised in our law and our courts have acted upon the rules of estoppel as laid down in the English cases.”³²

Die tweede saak wat in hierdie tyd deur die Appèlhof beslis is, is *Baumann v Thomas*.³³ In hierdie saak het die Appèlhof, na oorweging van regter Curlewis se uitspraak in die *Waterval Estate*-saak, by monde van appèlregter Solomon dit duidelik gemaak dat die estoppelleerstuk iets is wat vanuit die Engelse reg

27 Digesta 44.4.1 – *ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem prosit.*

28 Sien op 722: “The term ‘estoppel’ has indeed been generally adopted in practice in South Africa as a more convenient expression for that form of defence which was known under the Roman law as the *exceptio doli mali*; and the principles of the English doctrine of estoppel by conduct, as evolved by the decisions of English courts, may, I think, be equally applied in our courts in the consideration of a defence such as is raised in the present case.”

29 De Wet 1939:13: “Hierdie soort historiese ondersoek vorm 'n powere grondslag vir so 'n positiewe en ongekwalifiseerde verklaring soos ‘The doctrine of estoppel is in accordance with the principles of our law’.”

30 Hierdie beslissing het 'n deurslaggewende invloed op die volgende twee beslissings gehad: *Hartogh v National Bank* 1907 TS 1092 sowel as *Farrar v Geldenhuis Main Reef GM Co Ltd* 1908 TH 16. Sien ook Visser en Potgieter 1994:16.

31 1920 AD 173.

32 Op 181.

33 1920 AD 428.

oorgeneem is en as deel van die Suid-Afrikaanse reg gevestig is.³⁴ Die nare verwarrende verbastering van die Engelse en Romeins-Hollandse reg is dus met hierdie uitspraak finaal volbring. Sedert hierdie uitspraak word die vrugte van die saadjie wat in die *Van Blommenstein*-saak in 1904 geplant is, gepluk.³⁵

Daar kan met De Wet³⁶ se opsomming na aanleiding van bogenoemde uitspraak volstaan word:

Die Appèlhof, die hoogste inheemse hof, het die leerstuk van estoppel erken en die beginsels van die Engelse estoppel toegepas. Daarby het dit nie gebly nie. Die howe het alle reëls wat deur die Engelse howe in verband met estoppel ontwikkel is holus bolus oorgeneem...Ons howe stel ons voor 'n voldonge feit. Die reëls van estoppel deur wanvoorstelling is hier by ons ingeburger, en bestendig deur die Appèlhof op gesag van 'n sogenaamde historiese ondersoek wat niks meer is as 'n leë generalisasie nie.

Die laaste episode van die trilogie is afgesluit met die beslissing van *Union Government v National Bank of South Africa Ltd.*³⁷ Die standpunt wat deur die Appèlhof ingeneem word in die *Baumann*-saak word weereens deur die hof in hierdie saak bevestig. Hoofregter Innes sê die volgende in sy uitspraak:

The doctrine of estoppel is in accordance with the principles of our law and is constantly applied by South African Courts. It was historically examined by CURLEWIS, J, in *Waterval Coy v New Bullion Coy* (1905 TS 717), and his reasons were approved by this Division in *Baumann v Thomas* (1920 AD 428)...³⁸

Vir veertig jaar het hierdie drie Appèlhofbeslissings as die basis vir die aanvaarding van die Engelsregtelike leerstuk van “estoppel by representation” in Suid-Afrika gedien. Die Appèlhof het in 1964 met die beslissing van *Trust Bank van Afrika Bpk v Eksteen*³⁹ 'n nuwe koers ingeslaan.

34 Op 434: “The word estoppel is one which has been taken over by us from the English law, and which is now freely used in our daily practice. The doctrine is as much part of our law as it is that of England.”

35 Regter Trollip maak die volgende uitlating in *Connock's (SA) Motor Co Ltd v Sentraal Westelike Ko-operatiewe Maatskappy Bpk* 1964 2 SA 47 T: “The English doctrine of estoppel by representation migrated to this country on the authority of a passport that it approximated the *exceptio doli mali* of Roman Law. However doubtful the validity of that passport might originally have been...the doctrine has now become naturalised and domiciled here as part of our law...”

36 1939:15.

37 1921 AD 121.

38 Op 126-127.

39 1964 3 SA 402 A.

In hierdie saak bevind hoofregter Steyn nadat hy die *Rossouw*- sowel as *Baumann*-saak van die 1920's oorweeg het, dat die Suid-Afrikaanse estoppelleerstuk en dié van Engeland nie in wese dieselfde is nie. Die Engelse “estoppel by representation” kon dus nie bloot in Suid-Afrika oorgeneem word nie. Die geleerde regter verskil dus lynreg met die uitstrake van appèlregters Maasdorp en Soloman in bogenomede sake:

Dit is waar dat in 'n reeks sake in hierdie hof, soos *Rossouw and Steenkamp v Dawson*, 1920 A.D. 173 op bl.18, *Baumann v Thomas*, op bl. 434...die standpunt ingeneem is dat ons reg van estoppel dieselfde is as die Engelse reg en dat in die praktyk meer na Engelse beslissings omgesien word vir leiding (“guidance”) dan na ons eie outoriteite. Ek is egter geensins oortuig daarvan dat die toepassing van die die beginsels wat in ons reg te vind is, in alle opsigte tot dieselfde resultate lei as wat in die Engelse reg aanvaar word nie, en die ondersoek wat uit genoemde sake blyk, kan onmoontlik so 'n algemene gevolgtrekking regverdig. Die beskouing dat ons eie outoriteite deur hierdie en derglike uitsprake regtens of vir alle praktiese doeleindes vervang is deur Engelse gewysdes, met die meegaande implikasie dat ons Howe, en ook hierdie Hof aan Engelse gewysdes gebonde is, sou ek as klaarblyklik en geheel en al ongegrond moet verwerp. **Geen Hof, ook nie hierdie Hof nie, besit die bevoegdheid om ons gemene reg met die reg van enige ander land te vervang nie. Dit kan alleen die Wetgewer doen.**⁴⁰

Die regter maak dit egter ook in sy uitspraak duidelik dat hy nie regsvergeelyking as 'n hulpmiddel verwerp nie, maar dat dit eerder juis 'n hulpmiddel moet bly en dat vreemde regsbeginneels nie bloot voor die voet deel gemaak moet word van die Suid-Afrikaanse regstelsel nie:

Daarmee wil ek allermins te kenne gee dat alle verwysings na of oorweging van die beginsels van 'n ander regstelsel uit die borse is. Vergelykende oorweging kan, soos ten oorfloede uit talle van ons gewysdes en regsverhandelinge blyk, 'n besonder dienstige middel wees om tot helderheid te geraak omtrent die beste toepassing, aanpassing of uitbouing van eie beginsels. Om die bevrugterende inwerking van verwante regstelsels te wil uitsluit, sou nie slegs 'n onbegonne taak wees nie, maar ook 'n verarmende kortsigtigheid waaraan ek geen deel sou wou hê nie. **Maar dit is een ding om 'n ander reg te ondersoek ten einde ons eie meer doeltreffend te kan hanteer, en 'n gans ander saak om 'n ander reg te benader asof dit 'n ingelyfde deel van ons erkende regsbronne is...**⁴¹

40 Op 410-411. Eie beklemtoning.

41 Op 411. Eie beklemtoning.

Appèlregter Hoexter het, alhoewel hy met die meerderheid se beslissing saamgestem het, die volgende oor die estoppelleerstuk in die Suid-Afrikaanse reg te sê gehad:

[O]ur Courts have pointed out over and over again that in matters of estoppel, it is proper and safe to look for guidance to the decisions of English Courts.⁴²

Daar moet inderdaad met hoofregter Steyn se uitspraak saamgestem word. Dit is egter ook interessant om Rabie⁴³ se standpunt in ag te neem dat die howe in die 1920's nie beslis het dat die Engelse reg toegepas moes word waar dit in konflik met Romeins-Hollandse reg was nie, aangesien daar volgens die geleerde skrywer geen Romeins-Hollandse of Suid-Afrikaanse stelsel gevestig was om estoppelsituasies te hanteer nie. Daar moet met die skrywer verskil word. Die howe het in die 1920's daarvan weggeskram om die Romeins-Hollandse reg in verband met estoppel te ontwikkel tot 'n werkende unieke Suid-Afrikaanse stelsel, in stede hiervan is die Engelse reg in sy geheel oorgeneem en blindelings in Suid-Afrika toegepas, wat plaaslike ontwikkelings in dié verband gedemp en uiteindelik geheel en al verdring het.

In *Johaadien v Stanley Porter (Paarl) (Pty) Ltd*⁴⁴ het hoofregter Steyn sy standpunte in die *Eksteen*-saak herhaal, alhoewel dit in 'n effens aangepaste vorm gedoen is:

Soos aangedui in *Trust Bank v Eksteen...*, kan, ten spyte van die strekking van gewysdes daar genoem, nie staande gehou word dat die Engelse reg van estoppel met huid en haar in ons reg geldigheid verkry het nie. Dat gedeeltes daarvan, as ooreenstemmend met ons reg of ten minste nie strydig daarmee nie, toepassing gevind het, val nie te ontken nie.⁴⁵

Appèlregter Rumpff het in sy minderheidsuitspraak van hoofregter Steyn verskil. Rabie⁴⁶ verkies die standpunt van regter Rumpff in die hierdie saak:

Dit moet aanvaar word, as 'n voldonge feit, dat die regsfiguur "estoppel" vanuit die Engelse reg in ons reg geresipieer is.⁴⁷

Regter Steyn is hewiglik gekritiseer vir sy poging om die Suid-Afrikaanse gemenerereg in hierdie verband suiwer te probeer hou.⁴⁸ Cameron hou voet by stuk:

42 Op 415E-F.

43 1992:20.

44 1970 1 SA 394 A.

45 Op 401.

46 1992:30.

47 Op 409-410.

...it is yet to be shown that in an important sense English law is not – or was not before the Eksteen judgment – a relevant and accepted source of South African law.⁴⁹

Daar moet met respek van Cameron verskil word. Dit blyk dat hierdie skrywer hoofregter Steyn se uitsprake misverstaan het. Dit was nooit hoofregter Steyn se bedoeling om enige invloed wat die Engelse reg met betrekking tot estoppel in Suid-Afrika gehad het, uit te wis nie. Daar moet met Olivier⁵⁰ saamgestem word dat die *Eksteen*-saak nie tot gevolg het dat alle ontwikkelings in die Engelse reg in verband met estoppel bloot geïgnoreer moet word nie, hierdie uitsprake kan steeds van nut wees, alhoewel hulle nie as bindend op Suid-Afrikaanse howe beskou kan word nie.

Die Appèlhof het nie in die *Eksteen*- of *Johaadien*-saak bevind dat die Engelsregtelike leerstuk van estoppel enige gemeenregtelike regsreëls verdring het nie. Die hoogste hof was deurentyd van mening dat die leerstuk aansluit en inpas by die Romeins-Hollandse reg.⁵¹ Hoofregter Innes bevind in *Union Government v National Bank of South Africa Ltd*⁵² die volgende in hierdie verband:

The doctrine of estoppel is in accordance with the principles of our law and is constantly applied by South African Courts.⁵³

Die vraag wat egter bly staan is hoe die Appèlhof 'n leerstuk van 'n vreemde jurisdiksie wat geensins in die Romeinse of Romeins-Hollandse Reg geken is nie, bloot in die Suid-Afrikaanse reg kon oorneem aangesien daar raakpunte met sekere Romeinsregtelike leerstukke was. Daar word aan die hand gedoen dat daar geen historiese basis vir die invoering van die estoppelleerstuk in die Suid-Afrikaanse reg was nie. In die nuwe konstitusionele bestel waarin Suid-Afrika homself na 1994 bevind sou daar ernstige “skeiding van magte”-probleme na vore tree indien die howe regsbeginsels van vreemde jurisdiksies in die Suid-Afrikaanse regstelsel oorneem weens die praktiese nut daarvan en dit probeer regverdig deur aan te voer dat dié beginsels nie in stryd met die Suid-Afrikaanse gemenerereg is nie.

Daar sal volstaan word met die bespreking van hierdie beslissings ten einde die vroeë geskiedenis van die estoppelleerstuk in die Suid-Afrikaanse reg te illustreer.

48 Cameron 1982:46-48;
49 Cameron 1982:47.
50 1971:321.
51 Rabie en Sonnekus 2000:45.
52 1921 AD 121.
53 Op 126-127.

Dit blyk duidelik uit bogenoemde beslissings dat die toepassing van die estoppelleerstuk tot groot opskudding en verwarring in die Suid-Afrikaanse kontraktereg sowel as die Suid-Afrikaanse maatskappyereg gelei het.

5. ESTOPPEL IS 'N VERWEER EN NIE 'N AKSIEGROND NIE

Estoppel moet as verweer⁵⁴ geopper word, dit het "...no effect upon the real nature of the transaction...".⁵⁵ Die kwalifikasie van die reikwydte van die estoppelleerstuk is vir die eerste keer in *Louw v Bowrie*⁵⁶ aangedui.⁵⁷ Lord Denning het dit duidelik uitgestip in *Moorgate Mercantile Co Ltd v Twitchings*⁵⁸ dat die estoppelleerstuk in die Engelse reg nie 'n deel van die bewysreg of 'n aksiegrond is nie, maar wel 'n billikheidsbeginsel.

Die estoppelleerstuk is nie bloot deel van die deliktereg nie, alhoewel daar egter vele raakpunte tussen die estoppelleerstuk en die deliktereg is.⁵⁹ Daar is 'n hele aantal hofuitsprake in die Suid-Afrikaanse reg waar dit duidelik gestel word dat die estoppelleerstuk nooit 'n eisgrond kan grondves nie, maar dat dit eerder altyd 'n verweer is waarmee die eiser se vordering of in bepaalde gevalle 'n bepaalde verweer afgeweer kan word.⁶⁰

54 Vir die wyse waarop estoppel as verweer gepleit moet word, sien Rabie en Sonnekus 2000:25-27. Sien ook *Paradise Lost Properties v Standard Bank of SA Ltd* 1997 2 SA 815 D op 819E-823B; *ABSA Bank Ltd v IW Blumberg en Wilkinson* 1997 3 SA 669 A op 681G-H; *Blackie Swart Argitekte v Van Heerden* 1986 1 SA 249 A op 260 I-J; *Union Government (Minister of Railways and Harbours) v Landau & Co* 1918 AD 388 op 391; *Wilson v Blanck* 1909 TS 344 op 352.

55 *Simm v Anglo-American Telegraph Co* [1879] 5 QBD 188 (CA) op 207.

56 (1891) 3 Ch 82, [1891-1894] All ER 348.

57 Rabie en Sonnekus 2000:22; Visser en Potgieter 1994:27-33.

58 [1975] 3 All ER 314 (CA) op 323.

59 Sien ook Rabie en Sonnekus 2000:22 vir 'n vergelyking tuseen die estoppelleerstuk en 'n gewone interdik. Sien ook Van der Merwe en Olivier 1966:162-165, waar die skrywers aanvoer dat die estoppelleerstuk wel 'n onderafdeling van die deliktereg is.

60 Rabie en Sonnekus 2000:23-24. Sien *Union Government v National Bank of South Africa Ltd* 1921 AD 121 op 128 per hoofregter Innes: "A plaintiff cannot invoke estoppel to create a cause of action where none existed before."; *Pandor's Trustee v Beatley & Co* 1935 TPD 358 per regter Tindall: "...estoppel does not found a cause of action..." en *Biloden Properties (Pty) Ltd v Wilson* 1946 NPD 736 op 750: "The court cannot declare that a certain state of affairs exists on the sole ground that an estoppel prevents a litigant from asserting the contrary. Nor an estoppel be used as a cause of action or to create a title." *Mann v Sydney Hunt Motors (Pty) Ltd* 1958 2 SA 102 GW per regter Diemont: "An estoppel pleaded by the plaintiff in his replication to meet allegations raised in the plea is not the same thing as an estoppel used in the declaration as an instrument of attack. In our law estoppel remains a weapon of defence."

Alhoewel estoppel bloot as verweer⁶¹ gepleit kan word en nie op sigself 'n aksiegrond daar kan stel nie, is dit wel moontlik dat die aanwending van die estoppelleerstuk op 'n indirekte manier wel 'n eisgrond daar kan stel.⁶² Dit word die beste verduidelik deur na die volgende voorbeeld te verwys:⁶³

Indien A byvoorbeeld vir B aanspreek oor 'n bepaalde prestasie wat laasgenoemde na bewering verskuldig is uit hoofde van die ooreenkoms wat A met X, B se oënskynlike verteenwoordiger, gesluit het, kan estoppel benut word om B te verhinder om die afwesigheid van daadwerklike magtiging te bewys. Hoewel X dus in werklikheid geen magtiging gehad het nie, repliseer A dat B deur estoppel verhinder word om die afwesigheid van magtiging te bewys omdat B deur sy blaamwaardige gedrag die wanindruk oor die gewaande magtiging verwek het afgaande waarop A as estoppelopwerper tot sy nadeel gehandel het. Indien die hof bevind dat aan al die vereistes van die verweer voldoen word, beteken dit terselfertyd ook die einde van B se verweer en staan die vordering van A dus onaangeveg.⁶⁴

6. DIE AARD VAN DIE ESTOPPELLEERSTUK

Die estoppelleerstuk is 'n ontegniese verweer wat billikheidsbeginsels as grondslag het. Die doel van die leerstuk is om billikhede te herstel.⁶⁵ Dit is egter gevaarlik om die Engelse benadering na te volg wat daargestel is deur die uitspraak van Lord Denning in *Amalgamated Investment and Property Co Ltd (in liquidation) v Texas Commerce International Bank Ltd*.⁶⁶

61 Kerr 1991:115.

62 Rabie en Sonnekus 2000:24-25; Lubbe 1991:18-20.

63 Rabie en Sonnekus 2000:24-25.

64 *Quinn and Co Ltd v Witwatersrand Military Institute* 1953 1 SA 155 T is 'n voorbeeld van hoe die estoppelleerstuk in hierdie omstandighede aanwending sou vind. In hierdie saak vorder Q in die laerhof 'n prestasie van W as gevolg van spyseniersdienste wat Q aan W gelewer het na onderhandelings met S, 'n oënskynlike verteenwoordiger van W. W het as verweer in die laerhof aangevoer dat S nie oor die magtiging beskik het om as agent op te tree nie. Op appèl bevind die hof dat daar aan die vereistes van die verweer van estoppel voldoen is en dat die aanvanklike verweer van die respondent nie kon slaag nie. Q het dus inderwaarheid met sy vordering geslaag. Sien ook Rabie en Sonnekus 2000:25, sowel as Rabie1996:469.

65 Rabie en Sonnekus 2000:28; Lubbe 1991:18-20; *Johaadien v Stanley Porter (Paarl) (Pty) Ltd* 1970 1 SA 394 A op 409H-410A.

66 1982 QB 84 op 122.

...all the limitations to the application of the doctrine of estoppel encompassed in the different requirements and maxims can be abandoned in favour of the application of the general underlying equitable principle.⁶⁷

Die verweer van estoppel kan slegs met vrug gebruik word indien daar “nougeseet op die uitgekristalliseerde vereistes van die verweer gelet word”.⁶⁸ Dit is ongelukkig so dat die estoppelleerstuk in die meeste gevalle as ’n laaste uitweg of ’n tipe “vangnet” beskou word, amper ’n verweer wat aangewend word “when all else fails”. Hierdie benadering het tot gevolg dat in die gerapporteerde sake waar daar inderdaad ’n beroep op die verweer was, die verweer in bitterweinig van die gevalle inderdaad suksesvol was.⁶⁹ Die opmerking van Cheshire en Fifoot⁷⁰ in hierdie verband is dus ook uiters gepas wat die Suid-Afrikaanse regstelsel aanbetref:

Few doctrines are at once so potentially fruitful and so practically unsatisfying. It is more often cited than applied, and more often applied than understood.⁷¹

7. DIE VEREISTES WAT NAGEKOM MOET WORD VIR DIE VERWEER VAN ESTOPPEL OM TE SLAAG

Die vereistes vir die verweer blyk uit die volgende omskrywing van die werking van die leerstuk:

Die estoppelopwerper beroep hom daarop dat die estoppelontkenner verhinder word om hom op die ware toedrag van sake te beroep indien die estoppelopwerper afgaande op die blaamwaardige skynverwekkende gedrag van die ontkenner tot sy nadeel gehandel het en die verwekte vertroue handhaafbaar is sonder om op algemene gemeenskapsbelange inbreuk te maak.⁷²

Om te bepaal of daar aan al die vereistes van die verweer van estoppel voldoen is, moet elke geval op sy eie meriete beoordeel word.⁷³

Die elemente of vereistes is dus:⁷⁴

-
- 67 Die Engelse howe het egter in *Orgee v Orgee* 1997 EGCS 152 ’n ander rigting in hierdie verband ingeslaan, en daarop gewys dat daar meer presies met die vereistes van estoppel omgegaan moet word, ten einde suksesvol met ’n beroep op die verweer te wees.
- 68 Rabie en Sonnekus 2000:28.
- 69 Rabie en Sonnekus 2000:29; Du Plessis 1991:296.
- 70 1976.
- 71 Op 286.
- 72 Rabie en Sonnekus 2000:32.
- 73 Du Plessies 1991:304, 306. *Rosebank Television & Appliance Co (Pty) Ltd v Orbit Sales Corporation (Pty) Ltd* 1969 1 SA 300 T.

- (a) regtens relevante skynverwekking deur die estoppelontkenner;
- (b) blaamwaardigheid;
- (c) 'n direkte kousale verband tussen die blaamwaardige skynverwekkende gedrag en die handeling van die estoppelopwerper;
- (d) nadeel;
- (e) handhaafbaarheid.

8. DIE EXCEPTIO DOLI EN DIE ESTOPPELLEERSTUK

Daar is al by verskeie geleenthede aansluitingspunte tot die estoppelleerstuk in die Romeinse reg gesoek. Alhoewel daar aanvanklik na 'n aansluitingspunt in bekende Roemeinsregtelike spreuke soos “*obstringitur ne in suum factum veniat*”⁷⁵ gesoek is, is daar meestal verwys na die *exceptio doli mali* as aansluitingspunt vir die verweer van estoppel in die Suid-Afrikaanse reg.⁷⁶ Die beslissing in *Waterval Estate and Gold Mining Co Ltd v New Bullion Gold Mining Co Ltd*⁷⁷ kan as voorbeeld hiervan dien. In hierdie saak het regter Curlewis bevind dat die Engelsregtelike leerstuk van “estoppel by representation” analoog is aan die *exceptio doli mali* wat in die Romeinse reg aangetref is.⁷⁸ Die *exceptio doli mali* is deur die *praetor* ingestel om te verhoed dat enige persoon 'n voordeel sou trek as gevolg van sy eie *mala fide*-optrede.⁷⁹ Die regter gaan verder deur te bevind dat die Engelsregtelike “estoppel by representation” bloot 'n verfynde verskyningsvorm van die *exceptio doli mali* is, en gevolglik sonder enige beperking in die Suid-Afrikaanse reg toegepas kan word.⁸⁰

74 Die bespreking van die vereistes val buite die bestek van hierdie werk. Vir 'n volledige uiteensetting en bespreking van die vereistes, sien Rabie en Sonnekus 2000:50-201; Cockrell 1998:296-298; Du Plessis 1991:290; Van Huysteen en van der Merwe 1990:86-89; Van der Merwe en Van Huysteen 1988:569-571 en Joubert 1979:109-122. Sien ook Lubbe 1991:1-3;18 veral in verband met die skuldvereiste van estoppel.

75 'n Persoon word verhinder om op sy eie handelinge terug te gaan. Sien ook in hierdie verband *Smit v Smit's Executrix* (1897) 14 SC 142 asook *In re Reynolds Vehicle & Harness Factory Ltd* (1906) 23 SC 703.

76 Rabie en Sonnekus 2000:30.

77 1905 TS 717.

78 Op 722.

79 Digesta 44.4.1 – *ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem prosit*.

80 Sien op 722: “The term ‘estoppel’ has indeed been generally adopted in practice in South Africa as a more convenient expression for that form of defence which was known under the Roman law as the *exceptio doli mali*; and the principles of the English doctrine of estoppel by conduct, as evolved by the decisions of English courts, may, I think, be equally applied in our courts in the consideration of a defence such as is raised in the present case.”

Die Appèlhof het in die vroeë 1920's beslis dat daar genoeg raakpunte tussen die gemeenregtelike verweer en estoppel bestaan om die aanwending van die estoppelleerstuk in die Suid-Afrikaanse reg te regverdig.⁸¹

Die Appèlhof het egter in *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another*⁸² beslis dat die *exceptio doli* van die Romeinse reg nooit in die Romeins-Hollandse reg geresipieer is nie en gevolglik ook nie in die Suid-Afrikaanse reg toepassing vind nie.⁸³

*Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another*⁸⁴ kan kortliks soos volg opgesom word:

Die respondente was die mede-besturende direkteure van 'n vissery maatskappy, hulle het die appellant genader vir die verskaffing van oortrokke fasiliteite vir die maatskappy. Hierdie oortrokke fasiliteite is toegetaan op voorwaarde dat sekuriteit verskaf word (verbande is onder meer geregistreer teen die private wonings van die direkteure).

Die oortrokke fasiliteite is op twee geleenthede verhoog, op voorwaarde dat die sekuriteit wat verskaf is ook verhoog word. Gedurende 1985 het die maatskappy die oortrokke fasiliteit afgelos en die maatskappy het sy rekening by die appellant gesluit.

Die maatskappy het daarop aangedring dat die sekuriteit gekanselleer word. Die appellant het egter geweier om die sekuriteit te kanselleer hangende die uitkoms van 'n skadevergoedingseis wat die appellant van voorneme was om teen die maatskappy in te stel.

Die appellant het aangevoer dat dit 'n ooreenkoms met die maatskappy gesluit het in terme waarvan die appellant Amerikaanse dollars vooruit sou aankoop wat die maatskappy onregmatiglik gerepudieer het. Die appellant het die kontrak

81 *Baumann v Thomas* 1920 AD 428; *Rossouw and Steenkamp v Dawson* 1920 AD 173; *Union Government v National Bank of South Africa Ltd* 1921 AD 121. Sien ook die voorafgaande bespreking van die aanvaarding van die estoppelleerstuk in die Suid-Afrikaanse reg.

82 1988 3 SA 580 A.

83 Sien op 607 A-B: "All things considered, the time has now arrived, in my judgement, once and for all, to bury the *exceptio doli generalis* as a superfluous, defunct anachronism. *Requiescat in pace...*" Sien ook in hierdie verband Van der Merwe en Van Huysteen 1988:568-569.

84 1988 3 SA 580 A.

gekanselleer as gevolg van die maatskappy se repudiasie en gevolglik op skadevergoeding aanspraak gemaak.

Die respondente het 'n aansoek in die Kaapse Provinsiale Afdeling gebring ten einde 'n bevel te verkry wat die appellant sou beveel om die sekuriteite te kanselleer of in die alternatief aan die respondent terug te besorg, aangesien die maatskappy die hoofskuld alreeds afgelos het. Die respondente het aangevoer dat die appellant hom aan *dolus generalis* skuldig maak deur steeds op die sekuriteite aanspraak te maak.

Die appellant het die aansoek teengestaan en aangevoer dat dit geregtig was om die sekuriteite te behou tot en met alle gelde wat die maatskappy aan die appellant verskuldig was afgelos is, insluitend die bedrag wat verskuldig was as gevolg van die beweerde kontrakbreuk.

Die Hof *a quo* het die aansoek toegestaan. Die appellant het gevolglik appél aangeteken.

Die Appélhof het 'n historiese ondersoek na die *exceptio doli* onderneem en bevind dat alhoewel die *exceptio doli* in die Roemeinse Reg ontstaan het, dit nie oorgeneem is in die Roemeins-Hollandse reg nie, en dat die *exceptio* gevolglik nie deel geword het van die Suid-Afrikaanse reg nie.⁸⁵

Die Appélhof het bevind dat daar eenvoudig beslis moes word of die appellant inderdaad oor 'n kontraktuele reg beskik het wat voortgevloei het uit die borgaktes en verbande.

Die Appélhof het die betrokke borgaktes en verband dokumente onder oë geneem en beslis dat dit een van die oogmerke van die partye was om die sekuriteit te stel ten einde enige transaksie te dek wat uit die bankier/kliënt verhouding sou voortspruit, en dat die vooruitaankoop van die dollars inderdaad onder hierdie bankier/kliënt verhouding tuisgebring kon word.

Die appél word gevolglik gehandhaaf met koste.

85 Sien *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another* 1988 3 SA 580 A op 592G-605J: "The conclusion is inevitable. The *exceptio doli generalis*, in my judgment, was never part of Roman-Dutch law." (605 I)

Appélregter Jansen voer egter in sy minderheidsuitspraak aan dat die *exceptio doli* wel in die Suid-Afrikaanse reg toegepas is alhoewel dit nie noodwendig direk erken is nie.⁸⁶

Appélregter Jansen voer verder aan dat die *exceptio doli* 'n verweer gebaseer op billikheid is. Die punt word gemaak dat alhoewel daar nie direkte verwysing na die *exceptio doli* in die Romeins-Hollandse reg is nie, die gees van hierdie verweer in wese wel oorgeneem is vanuit die Romeinse Reg. Appélregter Jansen maak die punt dat die sosiale omstandighede wat geheers het in Holland die direkte oorname van die *exceptio doli* verhoed het.⁸⁷

Appélregter Jansen voer aan dat daar 'n behoefte aan 'n billikheidsverweer in die Suid-Afrikaanse kontraktereg bestaan, veral vanweë die ongelyke bedingingsposisies wat by die sluiting van sommige kontrakte teenwoordig is, en dat die *exceptio doli* dus 'n moontlike oplossing vir hierdie probleme in die Suid-Afrikaanse kontraktereg kon bied.⁸⁸

Rabie en Sonnekus⁸⁹ voel dat bogenoemde beslissing geen invloed op die toepassing van die estoppelleerstuk in die Suid-Afrikaanse reg het nie, en dat selfs die aanwending van die verweer van “estoppel by representation” in die vroeë 1920's, waar daar uitdruklik na die *exceptio doli* verwys word, nie deur die uitspraak geraak word nie. Die rede wat die skrywers aanvoer, is dat die houe nooit na die Romeins-Hollandse reg verwys het nie, maar bloot na die Romeinse Reg. Dié skrywers volstaan in hierdie verband met die volgende stelling:

Hoe dit ook al sy, die verweer van estoppel is intussen dermate ingebed in die Suid-Afrikaanse reg dat enige moontlike bedenkinge oor die werklike herkoms daarvan of samehange met welke ander verweer ook geen invloed op die toekomstige aanwending van die verweer kan hê nie.⁹⁰

86 Sien *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another* 1988 3 SA 580 A op 612B-F.

87 Sien *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another* 1988 3 SA 580 A op 617D –F.

88 Sien *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another* 1988 3 SA 580 A op 617F – 618A. Sien egter Hefer 2004:2-3 waar die standpunt herhaal word dat die blote onbillikheid in die bepalings van 'n ooreenkoms nie voldoende is vir die aanwending van die *excetio doli generalis* nie.

89 2000:31.

90 Rabie en Sonnekus 2000:31.

Daar kan nie met die skrywers saamgestem word nie, aangesien die trilogie van hofsake wat in die vroeë 1920's beslis is, bepaal het dat die Engelse leerstuk van “estoppel by representation” wel in Suid-Afrika toegepas moes word ooglopend verkeerd is, aangesien daar geen historiese basis vir hierdie beslissings te vinde is nie. Alhoewel die beslissing in *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another*⁹¹ nie noodwendig ondersteun behoort te word nie, kan die skrywers se argument “dat ’n boom wat dalk skade doen, maar wie se wortels te diep gebed is, nie uitgekap kan word nie”, glad nie ondersteun word nie.

9. DIE ESTOPPELLEERSTUK EN *ULTRA VIRES*-HANDELINGE

Die estoppelleerstuk kan nie toegepas word indien die toepassing teen die breë openbare belang is nie.⁹² Die verweer van estoppel kan nie gebruik word om gevolge te heg aan handeling wat nie deur die reg erken word nie. ’n Regspersoon beskik slegs oor die bevoegdhede wat die reg daaraan verleen, en kan nie aan handeling buite sy vermoënsfeer gebonde gehou word deur die werking van die estoppelleerstuk nie.⁹³ Daar is ’n hele aantal uitsprake waar die hof dit duidelik maak dat die werking van die estoppelleerstuk nie *ultra vires*-handeling geldig kan maak nie. ’n Paar voorbeelde kan ter illustrasie dien.

In *Abrahamse v Connock’s Pension Fund*⁹⁴ is die volgende feite aangetref. Die eiser eis sekere pensioenbydraes van die verweerder, maar die eiser kon egter nie ingevolge die grondwet van die pensioenfonds, lid van die fonds gewees het nie. Die verweerder het egter onder ’n dwaal verkeer dat die eiser wel ’n lid van die fonds was, en het op grond hiervan sekere bydraes van die eiser ontvang. Die eiser beroep hom in sy replikasie op estoppel en beweer dat die verweerder die skyn geskep het dat die eiser inderdaad ’n bydraende lid tot die pensioenfonds was. Die hof bevind dat die verweerder nie deur middel van ’n beroep op estoppel gedwing kon word om buite sy grondwet op te tree nie.⁹⁵

91 1988 3 SA 580 A.

92 Rabie en Sonnekus 2000:179-180.

93 Sien Rabie en Sonnekus 2000:191 sowel as Rabie 1996:472.

94 1963 2 SA 76 W.

95 Op 79H.

In *Trust Bank of Africa v Appltime Engineering (Pty) Ltd*⁹⁶ maak regter president James dit duidelik dat 'n maatskappy:

...cannot be bound by estoppel to do anything beyond its legal capacity.⁹⁷

In *Strydom v Die Land- en Landboubank van Suid-Afrika*⁹⁸ het die hof dit weereens bevestig dat die estoppelleerstuk nie aangewend kon word om *ultra vires*-handeling geldig te maak nie. Die Landbank het grond wat aan skuldenaars behoort het vervreem sonder om aan die voorskrifte van artikel 55(2)(b) van die Landbankwet⁹⁹ te voldoen. Die nie-nakoming van die voorskrifte het die verkope nietig gemaak. Die eiser kon nie registrasie van die eiendom in sy naam bewerkstellig nie en eis gevolglik skadevergoeding van die Landbank as verkoper. Die eiser het aangevoer dat as gevolg van die skynverwekkende optrede van die Landbank se verteenwoordigers, die Landbank deur die werking van die estoppelleerstuk verhinder moes word om op die nietigheid van die transaksie steun. Die hof verwerp die koper se betoog.¹⁰⁰

In *Durban City Council v Glenore Supermarket and Café*¹⁰¹ het die hof bevind dat 'n munisipaliteit nie deur middel van estoppel verhinder kon word om die juiste bedrag van 'n persoon vir elektrisiteit te vorder, nadat die persoon vir 'n geruime tyd strydig met 'n ordonansie te min vir elektrisiteit betaal het nie.¹⁰²

10. DIE ESTOPPELLEERSTUK EN HANDELINGE WAT *INTRA VIRES* IS, MAAR IN KONFLIK MET DIE HANDELSPRAKTYKE VAN DIE REGSPERSOON

Hierdie gevalle moet onderskei word van die gevalle waar daar *ultra vires*-handeling deur die regspersoon aangegaan is, aangesien hier nie sprake is van *ultra vires*-handeling nie. Die handeling is egter in konflik met die handelspraktyke wat deur die betrokke regspersoon gevolg word. Die onderskeid sal geïllustreer word deur 'n paar beslissings wat verband hou hiermee te bestudeer.

96 1981 1 SA 374 D.

97 Op 377E-F.

98 1972 1 SA 801 A.

99 13 van 1944.

100 Op 815G-H.

101 1981 1 SA 470 D.

102 Op 479B-C en 479F.

In *Mossel Bay Municipality v Ebrahim*¹⁰³ het die Munisipaliteit strydig met sy beleid 'n handelslisensie vir 'n bepaalde gebied toegestaan. Die Munisipaliteit het bewus geword van die fout en wou die lisensie kanselleer deur dit te herroep. Die lisensiehouer het hom toe op estoppel beroep. Regter Van Winsen onderskei in sy beslissing tussen gevalle waar die optrede *ultra vires* sy magtiging is en gevalle waar die optrede bloot strydig met die regs persoon se neergelegde beleid is:

As I conceive it the ratio for the limitation is that where the Legislature has upon general principles of public policy forbidden the doing of an act by, or imposed a duty upon, a public body (or for that matter a private individual) the object of the Legislature cannot be permitted to be stultified by the private conventions of the parties to a particular action or by a mistake, be it negligent or otherwise, of the party on whom the statutory duty rests, or against whom the statutory prohibition operates. This is not a case where the granting of a certificate to respondent to trade at...constitutes either a violation of any statutory dictate or a dereliction of any statutory duty. There is no reason in law why the certificate should not be granted.¹⁰⁴

In *Khani v Premier, Vrystaat*¹⁰⁵ het die estoppelopwerper haar beroep op die skyn wat teenoor haar en ander studente deur 'n amptenaar van die provinsiale regering verwek is, dat beurse vir studie aan die Universiteit van die Vrystaat aan die studente toegestaan is. Die amptenaar het hoegenaamd oor geen bevoegdheid beskik om beurse aan studente toe te staan nie. Hierdie amptenaar het bewustelik *ultra vires* opgetree toe hy die briewe gerig aan die Registrateur van die Universiteit aan die studente oorhandig het, waarin bevestig word dat die beurse aan die studente toegestaan is. Die hof wys die estoppelopwerper se betoog van die hand en bevestig dat estoppel nie aangewend kan word om *ultra vires* optrede af te dwing nie:¹⁰⁶

Hierdie beslissing¹⁰⁷ sou van toepassing gewees het op die onderhawige aansoek indien tweede respondent¹⁰⁸ applikante se beurs toegeken het en dit later geblyk het dat hy, vir watter rede ook al, verkeerdelik as Direkteur-Generaal aangestel is. Dit is nie die geval hier nie. Hier het ons te doen met 'n ondergeskikte amptenaar wat homself sekere magte aangematig het waarvoor hy net nooit kon beskik nie. Meneer Burger se beroep op die *Roodepoort*-beslissing is derhalwe misplaas.¹⁰⁹

103 1952 1 SA 567 K.

104 Op 573H-574A.

105 1999 2 SA 863 O.

106 Op 869B-C.

107 *Roodepoort Settlement Committee v Retief* 1951 1 SA 73 O.

108 Die Direkteur-Generaal persoonlik in teenstelling met die werknemer M wat geheel *ultra vires* opgetree het met die ondertekening van die briewe.

109 Op 868I.

Hierdie benadering deur die hof in die *Khani*-saak met betrekking tot regsperone en statutêre liggame vind ook toepassing by private individue wat openbare funksies vervul.¹¹⁰ Die volgende beslissings kan as voorbeeld dien.

Daar is in *Hoisan v Wynberg Municipality*¹¹¹ bevind dat 'n stadsklerk wat sonder die nodige magtiging van die stadsraad 'n sertifikaat uitgereik het, op grond waarvan 'n handelaarslisensie uitgereik is, nie met 'n beroep op estoppel verhoed kon word om aan te dui dat die lisensie sonder die nodige magtiging uitgereik is, en gevolglik ongeldig is nie.

In *Maberley v Woodstock Municipality*¹¹² is daar ondermeer beslis dat 'n raadslid wat gedurende 'n raadsvergadering ten gunste van 'n besluit gestem het, nie met 'n beroep op estoppel verhinder kon word om aan te toon dat die raadsbesluit *ultra vires* was nie.

Appèlregter Kotzé het in *Surveyor-General (Cape) v Estate De Villiers*¹¹³ die volgende te sê gehad in verband met die amp van landmetergeneraal:

And as to his position as a public officer and his alleged right to decline, *virtute officii*, to approve the sub-divisional diagrams, it may be conceded that he cannot act contrary to his public duty. The doctrine of an estoppel *in pais* will not bind a public body or a public officer. A corporation, for instance, cannot be bound by an estoppel to do that which it has no power to do; nor can a person who has a public duty to perform by his conduct waive the right to carry out such duty, or be estopped from exercising it...¹¹⁴

11. DIE ESTOPPELLEERSTUK EN DIE *TURQUAND*-REËL¹¹⁵

Die *Turquand*-reël is net soos die estoppelleerstuk 'n billikheidsreël.¹¹⁶ Die toepassing en veral ook die verwarring van hierdie twee leerstukke het al verskeie probleme geskep. Die toepassing van beide hierdie leerstukke (van Engelsregtelike

110 Rabie en Sonnekus 2000:194.

111 1916 CPD 194.

112 1901 18 SC 443.

113 1923 AD 588.

114 Op 630.

115 Sien hoofstuk 7 vir 'n volledige bespreking van hierdie reël.

116 Oosthuizen 1978(a):6.

oorsprong) in Suid-Afrika is met voetangels en klemme vir die regstudent, akademikus sowel as praktisyn besaai.

Die eerste probleem is die verwarring tussen skynvolmag en werklike stilswyende volmag wat Suid-Afrika binnegedring het vanuit Engeland, soos blyk uit die beslissing in *Wolpert v Uitzigt Properties (Pty) Ltd*.¹¹⁷ Die tweede probleem spruit uit die feit dat omstandighede moontlik kan voorkom waar beide die estoppelleerstuk sowel as die *Turquand*-reël toepassing mag vind.¹¹⁸ Die derde sal in die meeste gevalle hom eerder op die *Turquand*-reël as die estoppelleerstuk beroep aangesien daar strenger vereistes gestel word om met estoppel as verweer te slaag.¹¹⁹ Dit is van kardinale belang dat daar 'n streng onderskeid tussen die twee leerstukke getref moet word om benadeling van *bona fide*-derdes sowel as onbillike aanspreeklikheid van die maatskappy te voorkom.

Die posisie in Engeland het na die beslissing in *Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd*¹²⁰ sodanig ontaard dat die howe, waar 'n verteenwoordiger sonder die nodige werklike volmag gehandel het, altyd eerste na die gewone verteenwoordigingsregtelike beginsels aangevul deur die "estoppel by representation"-leerstuk gryp.¹²¹ Daar kan dus met Milman en Evans¹²² saamgestem word dat die toepassing van die *Turquand*-reël (in 'n suiwer vorm) 'n rare verskynsel in die Engelse reg geword het:

In modern times, cases in English law where an outsider has successfully relied on *Turquand's* rule are conspicuous by their absence, though it is possible to find scattered examples in other jurisdictions.¹²³

Daar is een geval waar die derde nie die keuse tussen die estoppelleerstuk en die *Turquand*-reël sal kan uitoefen nie. Dit is die geval waar daar van die derde verwag sou kon word om verdere ondersoek in te stel na die verteenwoordiger se volmag, weens die aanwesigheid van agterdogwekkende omstandighede, en die derde nie die verteenwoordiger se volmag ondersoek het nie.¹²⁴

117 1961 2 SA 257 W.

118 Die omstandighede waarna hier verwys word, het juis in *Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Property (Mangal) Ltd* 1964 1 All ER 630 (CA) voorgekom.

119 Du Plessis 1991:291. *The Registrar General v Northside Developments (Pty) Ltd* 1988 14 ACLR 543 SC (NSW).

120 1964 1 All ER 630 (CA).

121 Du Plessis 1993:176.

122 1985:69.

123 Op 69.

124 Du Plessis 1991:307-308. Sien hoofstuk 7, paragraaf 8.2.

12. GEVOLGTREKKING EN AANBEVELINGS

Lubbe¹²⁵ voel dat die howe in Suid-Afrika op 'n "lukrake" wyse te werk gegaan het met die toepassing van die estoppelleerstuk. Dit het gelei daartoe dat die Suid-Afrikaanse estoppelleerstuk van die Engelse "estoppel by representation"-leerstuk verskil, maar dat die estoppelleerstuk egter steeds in konflik met verskeie akademiese standpunte in Suid-Afrika is.

Lubbe¹²⁶ doen aan die hand dat daar in die Suid-Afrikaanse privaatreëg duidelikheid gekry kan word met betrekking tot die toepassing en verdere ontwikkeling van die estoppelleerstuk deur die regspraak in hierdie verband te verklaar aan die hand van die "...oorwegings van beleid en etiek wat onderliggend is..." aan die Suid-Afrikaanse privaatreëg.

Wat egter vir die privaatreëg in hierdie verband mag geld, kan ongelukkig nie ook in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg so toegepas word nie. Die gevaar dat die estoppelleerstuk en die *Turquand*-reël in hierdie vertakking van die reg verbaster is net te groot.

Daar is in *Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd*¹²⁷ beslis dat estoppel die enigste grondslag is waarop die maatskappy gebonde gehou kan word indien die derde met 'n ongemagtigde, maar gebruikelike maatskappyverteenwoordiger 'n kontrak gesluit het. Daar moet ten sterkste met die denkwyses in die *Freeman*-saak verskil word, aangesien hierdie saak die onderskeid tussen die *Turquand*-reël en die estoppelleerstuk totaal ignoreer het. Hierdie denkwyses het gelei tot enorme verwarring wat die verteenwoordigingsreg in Engeland aanbetref wat deurgesyer het na Suid-Afrika, soos blyk uit die beslissing van *Wolpert v Uitzigt Properties (Pty) Ltd*.¹²⁸

125 1991:20. "n Oorsig van die regspraak aangaande estoppel toon dat die howe op 'n redelik ongestruktureerde en lukrake manier beweeg het tot 'n posisie wat wesenlik verskil van die Engelse reg, maar terselftertyd ook nie Suid-Afrikaanse akademiese standpunte ten volle aanvaar nie."

126 1991:20. "...dat die riglyne wat die regspraak ontwikkel het verklaarbaar is aan die hand van oorwegings van beleid en etiek wat onderliggend is aan ons privaatreëg. Langs hierdie weg kan 'n houvas verkry word op vele onopgeloste probleme, en word verdere ontwikkeling van belangrike gebiede en begrippe van die privaatreëg vergemaklik."

127 1964 1 All ER 630 (CA).

128 1961 2 SA 257 W. Du Plessis 1991:295-296.

Die *Turquand*-reël sowel as die estoppelleerstuk sou in die *Freeman and Lockyer*-saak toepassing kon vind. Die *Turquand*-reël en die estoppelleerstuk behoort nie in konflik met mekaar te wees nie. Die praktiese interaksie tussen die *Turquand*-reël en die estoppelleerstuk kan dus as volg verduidelik word: Die derde sou eerstens op die *Turquand*-reël staatmaak (weens die makliker bewyslas) en indien hy nie met sy beroep slaag nie, sou die derde dan homself op die estoppelleerstuk beroep. Die estoppelleerstuk word dus as 'n tipe "vangnet" gebruik na 'n beroep op die *Turquand*-reël onsuksesvol was. Alhoewel hierdie beskouing dalk teoreties korrek mag wees, kan dit ongelukkig nie ondersteun word nie. Die howe het in die verlede bewys dat hulle nie met hierdie ingewikkelde en netelige kwessie vertrou kan word nie.¹²⁹

Die enigste oplossing blyk die kodifikasie van die situasie te wees. Die gemeenregtelike estoppelleerstuk sowel as die *Turquand*-reël moet afgeskaf word en deur statutêre ekwivalente vervang word. Die skepping van hierdie statutêre estoppelleerstuk sal nie 'n eenvoudige taak wees nie.¹³⁰ Alhoewel dit aantreklik sou wees om die leerstuk in sy geheel af te skaf, sal die beskerming van *bona fide*-derdes ernstig hierdeur beperk word, aangesien daar wel situasies mag voorkom waar die derde nie beskerming ingevolge die *Turquand*-reël geniet nie, en die estoppelleerstuk die enigste alternatief vir maatskappygebondenheid daar mag stel.¹³¹

Die kodifikasie van die estoppelleerstuk sal die voordeel hê dat die twyfelagtige herkoms en ontwikkeling van die leerstuk bestendig sal word, en dat hierdie leerstuk sodanig bestuur sal kan word, dat daar nie 'n verbastering tussen die estoppelleerstuk en die *Turquand*-reël sal plaasvind nie.

Die voortbestaan van die estoppelleerstuk (in watter gewaad ook al) sal tot gevolg hê dat 'n maatskappy die risiko loop om gebonde gehou te word aan ooreenkomste wat deur ongemagtigde buitengewone verteenwoordigers gesluit is. Dit blyk regverdigbaar te wees aangesien die maatskappy oor die vermoë beskik om te besluit wie hy as ampsbeksleërs aanstel. Naudé¹³² verduidelik die konsep dat die

129 *Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd* 1964 1 All ER 630 (CA); *Wolpert v Uitzigt Properties (Pty) Ltd* 1961 2 SA 257 W. Sien ook hoofstukke 7 en 8.

130 Daar sal nie in hierdie proefskrif gepoog word om beslag aan hierdie statutêre bepaling te gee nie, aangesien die opstel van wette 'n hoogs gespesialiseerde veld is waarvan die skrywer van hierdie proefskrif nie genoegsame kennis dra nie.

131 Sien paragraaf 11.

132 1971.

maatskappy eerder as die *bona fide*-derde die risiko in hierdie omstandighede dra gepas soos volg:

[Hierdie beginsel] strook nie alleen met moderne opvattinge op die Vasteland nie, maar klop ook met reëlins op ander gebiede van ons reg. Boonop is dit billik dat dit eerder die maatskappy as 'n onskuldige derde moet wees wat die regstreekse gevolge van onbesonne optrede deur direkteure moet dra; die maatskappy het immers self beheer oor wie sy eie ampsbekleërs is, en nie die derde nie.¹³³

133 Op 506-507.

HOOFSTUK 9

KONSEP MAATSKAPPYWETSONTWERP 2007: SEKERE OPMERKINGS IN VERBAND MET VERTEENWOORDIGING

1. DOELWIT EN WERKSWYSE

Die doel van hierdie hoofstuk is om die bepalings rakende verteenwoordiging in die *Konsep Maatskappywetsontwerp*¹ van 2007 in oënskou te neem, en om korliks kommentaar daarop te lewer. Dit moet in gedagte gehou word dat die *Wetsontwerp* eers in Februarie 2007 vir openbare kommentaar gepubliseer is en dat sekere dele van die *Wetsontwerp* nog nie gefinaliseer is nie.

Die werkswyse is om eerstens 'n kort inleiding van die aanloop tot die publikasie van die *Wetsontwerp* van 2007 te gee. Daarna word die algemene veranderinge wat deur dié *Wetsontwerp* teweeg gebring word ontleed. Derdens word die interpretasie van die *Wetsontwerp* bespreek en ook die posisie rondom voorinlywingskontrakte soos deur dit gereël. 'n Bespreking van die openbaarmakingsbeginsel, die regstatus van maatskappye sowel as die geldigheid van maatskappyhandelinge word hierna onderneem. Die invloed wat die *Wetsontwerp* op die leerstuk van toegerekende kennis, die *Turquand*-reël sowel as die estoppelleerstuk het word in die laaste instansie bespreek.

2. INLEIDING

Die laaste omvattende hersiening van die Suid-Afrikaanse Maatskappyereg het in 1973 plaasgevind. Sedertdien het die Suid-Afrikaanse korporatiewe landskap ingrypend verander en ontwikkel. Die Suid-Afrikaanse ekonomie het byvoorbeeld verskeie veranderinge na die 1994 verkiesing ondergaan. Hierdie veranderinge behels onder meerstrukurele aanpassings, die belangrikheid van elektroniese kommunikasie, veranderende markte, korporatiewe mislukkinge en skandale, swart ekonomiese bemagtiging sowel as die handhawing van 'n gesonde ekonomiese groeikoers. Die

1 Daar word na die *Konsep Maatskappywetsontwerp* van 2007 as “die *Wetsontwerp*” in hierdie hoofstuk verwys.

enkele grootste verandering en ook uitdaging waarmee die Suid-Afrikaanse ekonomie egter gekonfronteer word, is om van 'n ekonomies geïsoleerde ekonomie te verander na 'n ekonomie wat ten volle geïntegreerd is in die wêreld ekonomie. Hierdie transformasieproses word egter bemoeilik deur die feit dat die Suid-Afrikaanse korporatiewe wetgewing verouderd, uiters formalisties, krediteur-georiënteerd en oor-gekriminaliseerd is, terwyl internasionale jurisdiksies breedvoerige hersiening en verandering in die laaste dertig jaar ondergaan het.²

Vir die Suid-Afrikaanse ekonomie om sy volle potensiaal te bereik word daar sekere regulatoriese maatreëls in die vorm van wetgewing vereis. Dit is van kardinale belang dat hierdie maatreëls in pas is met sorgelyke maatreëls wat geld by Suid-Afrika se grootste handelsvennote. Dit het dus noodsaaklik geword dat Suid-Afrika se ondernemingsreg hersien moes word. Hierdie hersieningsproses³ is van stapel gestuur deur die Departement van Handel en Nywerheid met die resultaat van hierdie proses wat die promulgasie van die *Wetsontwerp* van 2007 is.

Die volgende aanhaling word in die verduidelikende memorandum⁴ tot die *Wetsontwerp* aangetref, en vat die oogmerk van die Departement van Handel en Nywerheid met die hersiening van die Korporatiefreg in Suid-Afrika gepas saam:

“It is not the aim of the dti simply to write a new Act by unreasonably jettisoning the body of jurisprudence built up over more than a century. The objective of the review is to ensure that the new legislation is appropriate to the legal, economic and social context of South Africa as a constitutional democracy and open economy. Where current law meets these objectives, it should remain as part of company law.”

2 Bekendstelling van die *Maatskappywetsontwerp* 2007:3.

3 Die proses is in 2004 van stapel gestuur met die publikasie van 'n Nedlac besprekingsdokument. Die besprekingsdokument is opgevolg deur werkswinkels in al 9 provinsies en onderhandelings met staatsdepartemente (Junie tot September 2004). In Junie 2005 is 'n interne beleidsdokument geformuleer. Die instruksies om die wetgewing op te stel is van Maart tot Junie 2005 gefinaliseer. Die *Wetsontwerp* is stuksgewys opgestel terwyl daar terselfertyd gesprekke met plaaslike en internasionale deskundiges plaasgevind het. Die *Wetsontwerp* is in Julie 2006 aan fokusgroepe vir kommentaar voorgelê en in Oktober 2006 gefinaliseer en aan die kabinet voorgelê. In Februarie 2007 is die *Wetsontwerp* vir openbare kommentaar gepubliseer. Sien Bekendstelling van die *Maatskappywetsontwerp* 2007:8.

4 Bladsy 6.

3. ALGEMENE VERANDERINGS

Die 2007 *Wetsontwerp* stel 'n radikale afwyking van die 1973 *Maatskappywet* daar, deurdat in wese 'n totaal nuwe *Maatskappywet* geskep word. Enkele interessante veranderinge gaan kortliks in die paragrawe wat volg bespreek word.

3.1. DIE MOONTLIKE AFSKAFFING VAN BESLOTE KORPORASIES

Die *Wetsontwerp* stel voor dat die *Wet op Beslote Korporasies*⁵ moontlik herroep word na 'n tien jaar proefperiode waar die 2007 *Maatskappywet* en die *Wet op Beslote Korporasies* konkurrent toepassing sal vind. Dit is die gevoel van die wetgewer dat die 2007 *Maatskappywet* genoegsaam vir die behoeftes aan 'n klein ondernemingsvorm met regs persoonlikheid voorsiening sal maak deur middel van klein maatskappye wat ingevolge dié wet opgerig kan word.⁶ Daar bestaan verder ook die gevoel dat aangesien beslote korporasies onbekend is in bv. Engeland en die VSA dit meer voordelig vir Suid-Afrika sou wees om af te sien van hierdie uiters gewilde ondernemingsvorm en om eerder terug te beweeg na 'n bestel van groter en kleiner maatskappye. Dit bly 'n ope vraag egter of die redes wat aangevoer word vir die afskaffing van 'n uiters geslaagde ondernemingsvorm werklik voldoende is. Dit moet egter duidelik uitgestip word dat die beslote korporasie nie noodwendig afgeskaf sal word nie. Hierdie ondernemingsvorm sal slegs sneuwel indien dit onomwonde na die proefperiode van 10 jaar blyk dat die nuwe korporatiewe bedeling (ingevolge die 2007 *Maatskappywet*) meer geskik is vir die regulering van klein ondernemings.⁷

Daar bestaan tans 1 276 157 beslote korporasies, 412 233 privaat maatskappye en 3 757 publieke maatskappye in Suid-Afrika.⁸ Dit bewys dat die beslote korporasie by verre die mees aantreklike korporatiewe bedeling in Suid-Afrika is. Die beslote korporasie is 'n uniek Suid-Afrikaanse skepping en dit blyk dat die gewilde gesegde "African solutions for African problems" nie in hierdie geval toepassing vind nie.

5 Wet 69 van 1984.

6 Beskrywende memorandum *Maatskappywetsontwerp* 2007:6. Daar is aan die opstellers van die *Wetsontwerp* uitdruklik voorgeskryf dat 'n maatskappystruktuur geskep moes word wat die karaktereienskappe van 'n beslote korporasie sou weerspieël. Sien ook Bekendstelling van die *Maatskappywetsontwerp* 2007:6.

7 Henning 2007:192; Mongalo 2006:2-4.

8 Sien Bekendstelling van die *Maatskappywetsontwerp* 2007:4.

Waarom moet iets reg gemaak word wat nie stukkend is nie?⁹ Alhoewel die argument dat die Suid-Afrikaanse ekonomie in pas moet wees met die ekonomieë van sy grootste handelsvennote aantreklik blyk te wees, volg die vraag of die afskaffing van die beslote korporasie die sleutel tot, of selfs 'n faktor in hierdie proses sal wees.

'n Verdere probleem wat met die afskaffing van beslote korporasies ondervind mag word, blyk die koste van die omskepping van 1 276 157 beslote korporasies. Alhoewel die omskeppingsprosedure in groot detail deur Item 5 van Skedule 6 van die *Wetsontwerp* beskryf word, blyk hierdie prosedure ingewikkeld en moeisaam te wees. Dit is onduidelik wat die koste van so 'n omskepping mag bedra en of die administratiewe liggame getaak met die omskeppingsproses opgewasse vir die taak is. Daar kan tereg gevra word of hierdie “naamsveranderingsoefening” nie die Suid-Afrikaanse ekonomie en meer spesifiek klein en medium grootte ondernemings miljoene rande uit die sak mag jaag, sonder dat daar wesenlike kompenserende voordele vir die betrokke ondernemings en die ekonomie in geheel mag wees nie.

3.2. HERSTRUKTURERING VAN DIE SUID-AFRIKAANSE ONDERNEMINGSREG

Die *Wetsontwerp* het dit ten doel om die bepalings van twee spesifieke wette naamlik die *Security Services Act*¹⁰ en die *Auditing Profession Act*¹¹ in die Suid-Afrikaanse Maatskappyereg op te neem en gevolglik die Suid-Afrikaanse Maatskappyregtelike situasie sodanig te struktureer dat hierdie twee wette met maksimum moontlike effek toegepas kan word.

3.3. NUWE TIPES MAATSKAPPYE

Die *Wetsontwerp* maak voorsiening vir drie verskillende tipes maatskappye. In die eerste plek, maatskappye sonder winsbejag, wat in wese die opvolger is vir maatskappye wat ingevolge artikel 21 van die 1973 *Maatskappywet* ingelyf is. Hierdie maatskappyvorm word spesifiek deur klousules 10 en 11 van die *Wetsontwerp* gereël. Tweedens, die sogenaamde “widely held companies”. 'n Maatskappy kan as 'n “widely

9 Sien ook Henning 2007:192 sowel as Jaehne 2006:220-236.

10 Wet 36 van 2004.

11 Wet 26 van 2005.

held company” beskryf word indien dit voldoen aan die vereistes wat gestel word in klousule 8 van die *Wetsontwerp*. Laastens, word alle maatskappye met winsbejag wat nie “widely held companies” is nie, beskryf as “closely held companies”.

Dit is egter interessant om daarop te let dat die *Wetsontwerp* voorsiening maak vir die klassifikasie van ’n maatskappy as ’n sogenaamde “public interest company”. Indien ’n maatskappy beskryf kan word as ’n maatskappy waarby die gemeenskap ’n belang het word daar strenger openbaarmakings- en deursigtigheidsbeginsels vir hierdie spesifieke maatskappy vereis. Die omskrywing van ’n maatskappy waarby die gemeenskap ’n belang het word in klousule 9 van die *Wetsontwerp* gedoen. Enige van bogenemde drie maatskappyvorme kan, indien daar aan die vereistes gestel in klousule 9 voldoen word, as ’n “public interest company” beskryf word.¹²

Die skepping van “public interest companies” blyk in die geheel gesien ’n oplossing te bied waardeur ’n balans geskep kan word tussen die verslapping van regulatoriese maatreëls ten opsigte van sekere privaat maatskappye, terwyl ander maatskappye aan hoër standaarde moet voldoen. Artikel 9(1)(b)(i) gaan egter gebuk aan die gebrek dat hierdie artikel uiters breë bevoegdhede aan die Minister gee ingevolge waarvan enige maatskappy wat betrokke is by enige sektor omskryf in artikel 9(2) as ’n “public interest company” beskryf kan word. Die Minister kan byvoorbeeld bepaal dat alle ondernemings wat by die verskaffing van voedsel betrokke is, as “public interest companies” beskou moet word. Die visserman of boer wat dus van ’n maatskappy as ondernemingsvorm gebruik maak vir die bedryf van sy besigheid kan dus gedwing word om aan die baie hoër openbaarmakings- en ander vereistes (met die koste implikasies wat volg) wat gestel word vir “public interest companies” te voldoen.¹³

3.4. DIE BESTUUR VAN MAATSKAPPYE

Die *Wetsontwerp* maak voorsiening vir meer buigbare en minder rigiede maatreëls betreffende die bestuur van maatskappye waar daar familiebande tussen die aandeelhouders bestaan wat gevolglik verminderde minderheidsbeskerming vereis. Hierdie toegewings word ook gemaak in die geval van maatskappye waar al die

12 Beskrywende memorandum *Maatskappywetsontwerp* 2007:9.

13 Bekendstelling van die *Maatskappywetsontwerp* 2007:13.

aandeelhouders direkteure is, wat die toestemming van aandeelhouders vir sekere handeling van die direksie onnodig maak.¹⁴

3.5. DIE OPRIGTING VAN 'N MAATSKAPPY IS ELKE SUID-AFRIKANER SE REG

Die *Wetsontwerp* gaan van die veronderstelling uit dat die oprigting van 'n maatskappy deur persone die verwesenliking van hul grondwetlike reg op vryheid van assosiasie gekombineerd met hul gemeenregtelike reg om vrylik te kontrakteer is. Dit blyk dus duidelik uit die bewoording van die *Wetsontwerp* dat die vryheid om 'n maatskappy in Suid-Afrika op te rig inderdaad elke persoon se reg is, en dat dit nie bloot as 'n voorreg of vergunning van die Staat beskou kan word nie.¹⁵

3.6. DIE OPRIGTING VAN MAATSKAPPYE

Ten einde uitvoering te gee aan die reg van elke Suid-Afrikaner om maatskappye op te rig, maak die *Wetsontwerp* dit meer eenvoudig om inderdaad maatskappye te stig. Die oprigting van maatskappye word deur Hoofstuk 2 van die *wetsontwerp* gereël wat dit moontlik maak om 'n maatskappy op te rig deur die aanvaarding van 'n "Memorandum of Incorporation"¹⁶, hierdie dokument is die enigste dokument wat die bestuur van die maatskappy reguleer. Die maatskappy het groot vryheid om bepalings in die "Memorandum of Incorporation" te vervat ten einde hierdie dokument aanvaarbaar vir die maatskappy se individuele omstandighede te maak. Daar word egter sekere standaard vereistes gestel waaraan die "Memorandum of Incorporation" moet voldoen ten einde aandeelhouders te beskerm. Daar word ook 'n oorkoepelende vereiste gestel dat geen bepaling in 'n maatskappy se "Memorandum of Incorporation" in konflik met die *Wetsontwerp* mag wees nie. Dit is dus nie moontlik vir 'n maatskappy om sodanig te kontrakteer dat die maatskappywetgewing nie op die betrokke maatskappy van toepassing sal wees nie.¹⁷

14 Beskrywende memorandum *Maatskappywetsontwerp* 2007:9.

15 Beskrywende memorandum *Maatskappywetsontwerp* 2007:9-10.

16 'n Standaard "Memorandum of Incorporation" word vervat in Skedule 1 van die *Wetsontwerp*. Skedule 1 was egter nog nie gereed om saam met die res van die *Wetsontwerp* in Februarie 2007 gepubliseer te word nie, en gevolglik kan geen kommentaar daarop gegee word nie.

17 Beskrywende memorandum *Maatskappywetsontwerp* 2007:10. Sien ook Bekendstelling van die *Maatskappywetsontwerp* 2007:14.

3.7. MAATSKAPPYFINANSIERING

Maatskappyfinansiering word deur Hoofstuk 3 van die *Wetsontwerp* gereël. Daar word van die uitgangspunt uitgegaan dat maatskappyfinansiering in 'n kapitaalhandhawingsmodel berus wat gegrond is op die beginsels van solvensie en likiditeit.¹⁸

3.8. MAATSKAPPYBESTUUR

Die bestuur van die maatskappy word gereël deur Hoofstuk 4 van die *Wetsontwerp*. Die oogmerk van die *wetsontwerp* in hierdie verband is om die bestuursmodel van 'n maatskappy meer buigsaam te maak, sonder om deursigtigheid in te boet. Daar word byvoorbeeld nuwe maatreëls gestel in verband met aandeelhoudersvergaderings,¹⁹ spesiale en gewone besluite²⁰ asook volmag-stemmings.²¹ Die *Wetsontwerp* brei ook

18 Beskrywende memorandum *Maatskappywetsontwerp* 2007:11-12. Sien ook Bekenstelling van die *Maatskappywetsontwerp* 2007:17. Klousule 4 van die *Wetsontwerp* 2007 bevat die toets in verband met solvensie en likiditeit. Hierdie artikel lees soos volg:

(1) For any purpose of this Act, a company satisfies the solvency and liquidity test at a particular time if, considering all reasonably foreseeable financial circumstances of the company at that time-

(a) the company's total assets equal or exceed its total liabilities; and

(b) it appears that the company will be able to pay its debts as they became due in the course of business for a period of –

(i) 12 months after the date on which the test is considered; or

(ii) in the case of a distribution contemplated in section 48, 12 months following that distribution.

(2) For the purposes contemplated in subsection (1) –

(a) the board or any other person applying the solvency and liquidity test to a company may consider-

(i) only financial information that satisfies financial reporting standards; and

(ii) any fair valuation of the company's assets and liabilities, or other valuation that is reasonable in the circumstances, subject to paragraph (b); and

(b) unless the Memorandum of Incorporation of the company provides otherwise, a person applying the test in respect of a distribution contemplated in section 48 is not to regard as a liability any amount that would be required, if the company were to be liquidated at the time of the distribution, to satisfy the preferential rights upon liquidation of shareholders whose preferential rights are superior to those receiving the distribution.

19 Aandeelhouders mag byvoorbeeld aan vergaderings deelneem deur middel van elektroniese kommunikasie. Sien Bekenstelling van die *Maatskappywetsontwerp* 2007:18.

20 Die minimum vereiste kworum om 'n gewone besluit te neem is dat 25% van die houters van alle stemgeregtigde aandele teenwoordig moet wees. Bekenstelling van die *Maatskappywetsontwerp* 2007:18.

21 Beskrywende memorandum *Maatskappywetsontwerp* 2007:12

aandeelhouders se magte en bevoegdhede aangaande optrede teen direkteure uit.²² Die gemeenregtelike pligte van direkteure word verder uitebou deur afdeling B van Hoofstuk 4 wat verskeie statutêre pligte skep waaraan 'n direkteur moet voldoen.²³ Die posisie betreffende die openbaarmaking van finansiële state sowel as bepalings betreffende ouditeure, ouditkomitees sowel as maatskappysekretarisse word in die laaste deel van Hoofstuk 4 van die *Wetsontwerp* vervat.²⁴

3.9. OORNAMES

Hoofstuk 5 van die *Wetsontwerp* stel nuwe vereistes vir die regulering van oornames van maatskappye daar. Alhoewel daar in hierdie hoofstuk 'n totaal nuwe dispensasie insoverre dit oornames aanbetref geskep word, sal hierdie hoofstuk nie verder bespreek word nie, aangesien dit buite die omvang van hierdie studie val.²⁵

3.10. “BUSINESS RESCUE”

Die *Wetsontwerp* stel in Hoofstuk 6 voor dat die bestaande stelsel van administrasie van kwynende maatskappye vervang moet word met 'n moderne stelsel van “business rescue” waar die belange van aandeelhouders, krediteure en werkenemers voorrang geniet.²⁶ 'n Gedetailleerde bespreking van hierdie Hoofstuk val buite die omvang van hierdie studie.

22 Hierdie bevoegdhede word in Hoofstuk 7 van die *Wetsontwerp* vervat en maak dit byvoorbeeld moontlik vir 'n hof (op versoek) om 'n direkteur as delinkwent te verklaar (klousule 163(3)) wat die betrokke direkteur dan sal verhoed om verder sy amp as direkteur te beklee of om 'n direkteur as op parool te verklaar (klousule 163(4)) wat die effek het dat daardie betrokke direkteur slegs as direkteur sal kan optree indien daar aan sekere paroolvoorwaardes voldoen word.

23 Sien Bekendstelling van die *Maatskappywetsontwerp* 2007:18.

24 Sien Bekendstelling van die *Maatskappywetsontwerp* 2007:18.

25 Sien ook Bekendstelling van die *Maatskappywetsontwerp* 2007:19.

26 Sien Bekendstelling van die *Maatskappywetsontwerp* 2007:20.

4. DIE INTERPRETASIE VAN DIE MAATSKAPPYWETSONTWERP

Klousule 5²⁷ van die *Wetsontwerp* reël die interpretasie van hierdie stuk wetgewing. Dit word uitdruklik in subartikel (1) uitgestip dat die *Wetsontwerp* op so 'n manier geïnterpreteer moet word dat daar uitvoering gegee sal word aan die doelwitte van die *Wetsontwerp* wat in klousule 6²⁸ uiteengesit word. Hierdie doelewitte behels onder meer die volgende.

27 Hierdie klousule lees soos volg:

- (1) This Act must be interpreted in a manner that gives effect to the purposes set out in section 6.
- (2) A person, court or Tribunal interpreting or applying this Act may consider, to the extent appropriate, foreign company law.
- (3) When, in this Act, a particular number of 'business days' is provided for between the happening of one event and another, the number of days must be calculated by –
 - (a) excluding the day on which the first such event occurs;
 - (b) including the day on or by which the second event is to occur ; and
 - (c) excluding any public holiday, Saturday or Sunday that falls on or between the days contemplated in paragraphs (a) and (b) respectively.
- (4) If there is a conflict between a provision of Chapter 8, and a provision of the Public Finance Management Act, 1999 (Act No.1 of 1999) or the Public Service Act, 1994 (Proclamation 103 of 1994), the provisions of the Public Finance Management Act, 1999 or of the Public Service Act, 1994, as the case may be, prevail.
- (5) If there is an inconsistency between any provision of this Act, and a provision of any Act not contemplated in subsection (4) –
 - (a) the provisions of both Acts apply concurrently, to the extent that it is possible to apply and comply with one of the inconsistent provisions without contravening the second; and
 - (b) the provisions of this Act prevail to the extent that it is impossible to apply or comply with one of the inconsistent provisions without contravening the second.

28 Hierdie klousule lees soos volg:

The purposes of this Act are to –

- (a) promote the development of the South African economy by -
 - (i) encouraging entrepreneurship and enterprise efficiency;
 - (ii) creating flexibility and simplicity in the formation and maintenance of companies;
 - (iii) encouraging transparency and high standards of corporate governance, recognising the broader social role of enterprises;
 - (b) promote the development of companies within all sectors of the economy, and in particular, among those South Africans who have historically been excluded from active participation in economic organization, management and productivity;
 - (c) promote innovation and investment in South African markets by providing a predictable and effective regulatory environment;
 - (d) re-affirm the company as a means of achieving economic and social benefits, and to continue to provide for the creation and use of companies, in a manner that enhances the economic welfare of South Africa;
 - (e) create optimum conditions for the aggregation of capital for productive purposes, and for the investment of that capital in enterprises and the spreading of economic risk;
 - (f) encourage the efficient and responsible management of companies;
 - (g) balance the rights and obligations of shareholders and directors within enterprises;
- and

Die *Wetsontwerp* het dit eerstens ten doel om 'n raamwerk daar te stel vir die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse ekonomie,²⁹ hierdie raamwerk moet op sy beurt entrepreneurskap bevorder,³⁰ die oprigting en bestuur van maatskappye vereenvoudig³¹ en verseker dat die korporatiewe bestuur van maatskappye doeltreffend en met die nodige deursigtigheid geskied.³² Die *Wetsontwerp* het dit verder ten doel om die ontwikkeling van maatskappye in alle sektore te fasiliteer, maar om spesifiek in die sektore waar voorheen ekonomies benadeelde Suid-Afrikaanse burgers aktief betrokke is, ontwikkeling te verseker.³³ Dit is ook een van die doelwitte van die *Wetsontwerp* om die optimale klimaat te skep vir kapitaalakkumulering vir produktiewe doeleindes en die daaropvolgende belegging van hierdie kapitaal met inagneming van die nodige verspreiding van risiko's.³⁴ Voorlaastens het die *Wetsontwerp* dit ten doel om 'n balans te skep tussen die regte en verpligtinge van aandeelhouders en die regte en verpligtinge van die direkteure van die maatskappy.³⁵ Die *Wetsontwerp* het dit laastens ten doel om die oprigting, bestuur en verantwoordbaarheid van maatskappye wat opgerig word sonder winsmotief sodanig te reël dat hierdie besondere tipe maatskappyvorm optimaal sal kan funksioneer.³⁶

Dit word in klousule 5(2) duidelik uitgestip dat enige persoon, hof of tribunaal wat getaak word om die *Wetsontwerp* te interpreteer wel mag gebruik maak van "appropriate, foreign company law" in die uitvoering van hul taak. Daar is egter geen direkte verwysing na watter jurisdiksies daar in hierdie geval bedoel word nie. Dit word egter aan die hand gedoen dat daar waarskynlik verwys word na Die Verenigde Koninkryk, die VSA, Nieu-Seeland, Australië en Kanada. Die Hooggeregshof is steeds die primêre forum wat genader moet word vir remedies ingevolge die *Wetsontwerp*.³⁷

(h) provide for the formation, operation and accountability of not for profit companies in a manner designed to promote, support and enhance the capacity of such companies to perform their functions.

29 Klousules 6(a), (c) en (d).

30 Klousule 6(a)(i).

31 Klousule 6(a)(ii).

32 Klousule 6(a)(iii) en (f).

33 Klousule 6(b).

34 Klousule 6(e).

35 Klousule 6(g).

36 Klousule 6(h).

37 Bekendstelling van die *Maatskappywetsontwerp* 2007:21.

Klousule 5(3) bespreek die tydsbepalings en die definisie van “dae” wat in die *Wetsontwerp* gebruik word. Klousules 5(3) en 5(4) van die *Wetsontwerp* bevat bepalinge wat die konflik van die *Wetsontwerp* met ander statutêre bepalinge reël.

Klousule 160³⁸ van die *Wetsontwerp* maak dit duidelik dat ’n Hof in enige saak waarop die *Wetsontwerp* van toepassing is deur sy bevel die gees, oogmerke en doelwitte van die *Wetsontwerp* moet weergee. Die artikel maak dit ook duidelik dat die gemenerereg sodanig deur ’n Hof ontwikkel moet word ten einde die regte wat geskep word deur die *Wetsontwerp* te verseker en uit te brei. Klousule 160 bevat bepalinge aangaande die interpretasie van dokumente sowel as ’n voorskrif vir die interpretasie van artikels van die *Wetsontwerp* waaraan meer as een vertolking toegeskryf kan word.³⁹

Klousule 160(2) maak dit duidelik dat in enige aksie waarin handelinge getoets word wat na bewering aandeelhouers benadeel het, die Hof nie mag vereis dat die applikant sekuriteit vir die koste van die geding moet stel nie.

38 Hierdie klousule lees soos volg:

(1) When determining a matter brought before it in terms of this Act, or making an order contemplated in this Act, a court –

- (a) must promote the spirit, purpose and objects of this Act;
- (b) must develop the common law as necessary to improve the realization and enjoyment of rights established by this Act;
- (c) must strictly interpret any document prepared or published by or on behalf of any person –
 - (i) so that any ambiguity that allows for more than one reasonable interpretation of any part of such a document is resolved to the benefit of any other person who did not prepare or publish it;
 - (ii) so that any restriction, limitation, exclusion or deprivation of a person’s legal rights set out in such a document or notice is limited to the extent that a reasonable person would ordinarily contemplate or expect, having regard to the content of the document, the Manner and form in which it was prepared and presented, and the circumstances of the transaction or agreement; and
- (d) if any provision of this Act, read in its context, can be reasonably construed to have more than one meaning, must prefer the meaning that best promotes the spirit and purpose of this Act, and will best improve the realization and enjoyment of rights.

(2) In any proceeding in terms of this Act to remedy any conduct prejudicial to the shareholders of a company a court may not impose a requirement that the applicant deposit security for costs in the proceedings.

39 Sien klousule 160(1)(c) en (d).

5. VOORINLYWINGSKONTRAKTE

Die *Wetsontwerp* reël die posisie met betrekking tot voorinlywingskontrakte in klousule 18.⁴⁰ Hierdie artikel bepaal dat die persoon wat namens die te-stigte maatskappy die voorinlywingskontrak met die derde sluit 'n stilswyende waarborg aan die derde gee dat die te-stigte maatskappy binne die tydperk in die kontrak aangedui, of indien geen tydperk in die kontrak aangedui is nie, binne 'n redelike tyd na die sluiting van die

40 Hierdie klousule lees soos volg:

(1) In a pre-incorporation contract, unless a contrary intention is expressed in the contract, there is an implied warranty by the person who purports to contract in the name of, or on behalf of, a company –

- (a) that the company will be incorporated within any period specified in the contract or, if no period is specified, then within a reasonable time after the making of the contract; and
- (b) that, once incorporated, the company will not repudiate the contract.

(2) A company may repudiate a pre-incorporation contract purported to have been made in its name or on its behalf, unless the company has received any benefit in terms of the contract.

(3) Upon its incorporation, a company is deemed to have repudiated any provision of a pre-incorporation contract to the extent that it is inconsistent with this Act or otherwise illegal.

(4) A pre-incorporation contract that has not been, or is not deemed to have been repudiated in terms of subsection (2) or (3) is as valid and enforceable as if the company had been a party to the contract when it was made.

(5) A party to a pre-incorporation contract that has been repudiated, or is deemed to have been repudiated by the company after its incorporation, may apply to the Court for an order –

- (a) directing the company to return to that party any property, whether moveable or immovable, acquired by the company under the contract;
- (b) for any other relief in favour of that party relating to any such property; or
- (c) validating the contract in whole or in part, except in the case of a provision contemplated in subsection (3).

(6) In proceedings against a company in terms of subsection (5), or on application by an interested person in respect of an alleged breach of a pre-incorporation contract that has not been, or is not deemed to have been, repudiated, the court may make any order or grant any relief required in the interests of justice.

(7) The amount of damages recoverable in an action for breach of a warranty implied by subsection (1) is the same as the amount of damages that would be recoverable in an action against the company for damages for breach by the company of any unperformed obligation under the contract.

(8) If, after its incorporation, a company enters into a contract in the same terms as, or in substitution for, a pre-incorporation contract, the liability of a person under subsection (1) in respect of the substituted contract is discharged.

(9) A person who –

- (a) knows that a company does not exist; and
- (b) purports to act in the name of, or on behalf of, that company,

is jointly and severally liable with any other such person for all liabilities created while so acting, if the company is not incorporated, or after being incorporated, repudiates, or is deemed to have repudiated, those acts.

kontrak geïnkorporeer sal word.⁴¹ Daar word ook 'n verdere stilswynde waarborg gegee dat die maatskappy nie die kontrak sal repudieer nadat die maatskappy geïnkorporeer is nie.⁴²

Subklousule 2 van die *Wetsontwerp* bepaal dat die maatskappy nie die voorinlywingskontrak na datum van inkorporasie mag repudieer indien die maatskappy enige voordeel (“any benefit”) in terme van die kontrak ontvang het nie. Die term “any benefit” blyk uiters breed te wees. Indien die kontrak dus in sy geheel nadelig vir die maatskappy is, maar daar kan enige voordeel aan die kant van die maatskappy bewys word, sal die maatskappy gebonde gehou word aan die kontrak. Alhoewel hierdie 'n uiters vreemde bepaling is, brei dit die beskerming van derde partye wat met die maatskappy kontrakteer uit. Klousule 18 beperk ook terselfertyd die moontlike persoonlike aanspreeklikheid van promotors teenoor derde partye as gevolg van waarborgbreuk indien die maatskappy na datum van inkorporasie die voorinlywingskontrak sou repudieer. Dit word egter as vanselfsprekend aanvaar dat 'n maatskappy enige gedeelte van 'n kontrak sal repudieer wat in konflik met die *Wetsontwerp* of andersins onwettig is.⁴³

Indien die voorinlywingskontrak nie gerepudieer word in terme van subklousules 2 of 3 nie, word dit geag dat die kontrak gesluit is asof die maatskappy 'n party was tot die kontraksluiting.⁴⁴ Die verbintenisse kom dus terugwerkend tussen die maatskappy en die derde tot stand. Die gemeenregtelike probleme met betrekking tot ratifikasie word dus deur klousule 18(4) omseil.⁴⁵

'n Party tot 'n voorinlywingskontrak wat gerepudieer is, of geag gerepudieer te wees, mag die hof nader om 'n bevel vir die teruggawe of enige ander relevante remedie met betrekking tot enige roerende of onroerende eiendom wat die maatskappy in terme van die kontrak verkry het.⁴⁶ Die party kan ook die hof nader ten einde 'n bevel te verkry wat bepaal dat die maatskappy wel gebonde gehou moet word aan die kontrak in sy geheel, of aan 'n gedeelte van die kontrak. Die hof kan egter nie beveel dat die maatskappy

41 Klousule 18(1)(a).

42 Klousule 18(1)(b).

43 Klousule 18(3).

44 Klousule 18(4).

45 Sien Hoofstuk 3 vir 'n volledige bespreking van die ratifikasie van voorinlywingskontrakte.

46 Klousule 18(5)(a)en(b).

gebonde gehou kan word aan enige bepaling in die kontrak wat in konflik met die *Wetsontwerp* of onwettig is nie.⁴⁷

Ingevolge subklousule 6 het die Hof ook 'n uiters wye diskresie om enige bevel te maak wat in belang van geregtigheid is in 'n geding wat beoog word in subklousule 5 of in 'n geding waar daar geen repudiasie van 'n voorinlywingskontrak was nie, maar waar beweer word dat daar kontrakbreuk met betrekking tot die voorinlywingskontrak was.

Subklousule 7 bepaal dat die bedrag skadevergoeding wat toegestaan kan word weens die waarborgbreuk wat in subklousule 1 beoog word, gelyk is aan die bedrag skadevergoeding wat toegestaan mag word aan die derde indien die maatskappy enige bepaling in die kontrak sou verbreek.

Indien die maatskappy na sy inkorporasie 'n kontrak met dieselfde terme of 'n kontrak ter vervanging van die voorinlywingskontrak sluit, word die aanspreeklikheid wat enige persoon in terme van subklousule 1 kon ooploop kwytgeskeld.⁴⁸

Subklousule 9 maak dit duidelik dat enige persoon wat bewus is van die feit dat 'n maatskappy nie bestaan nie, maar wat 'n kontrak in die naam van of namens so 'n nie-bestaande maatskappy sluit, gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik is tesame met enige ander persoon wat hom assister in hierdie verband, vir alle verpligtinge wat geskep word deur hierdie handeling, indien die maatskappy nie geïnkorporeer word nie, of indien die maatskappy na inkorporasie die kontrak repudieer of geag word die kontrak te gerepudieer het.

Klousule 18 geles tesame met die definisie van 'n voorinlywingskontrak wat gevind word in klousule 1⁴⁹ van die *Wetsontwerp*, blyk 'n reuse verbetering op artikel 35 van die

47 Klousule 18(5)(c).

48 Klousule 18(8).

49 Hierdie woordomsnywing lees soos volg: “pre-incorporation contract’ means an agreement entered into before the incorporation of a company by a person who purports to contract in the name of, or on behalf of, the company, with the intention or understanding that the company will be incorporated, and will thereafter be bound by the agreement.”

1973 *Maatskappywet* te wees. Klousule 18 spreek op 'n susesvolle wyse verskeie gebreke⁵⁰ aan, wat in artikel 35 van die 1973 *Maatskappywet* geïdentifiseer is.

In artikel 18 word daar geensins daarna verwys dat die voorinlywingskontrak skriftelik moet wees soos die geval is in artikel 35 van die 1973 *Maatskappywet* nie. Die omskrywing van 'n voorinlywingskontrak wat in klousule 1 van die 2007 *Wetsontwerp* aangetref word verwys ook geensins daarna dat 'n voorinlywingskontrak skriftelik moet wees nie. Daar kan dus die afleiding gemaak word dat 'n voorinlywingskontrak beide skriftelik en mondeling kan wees.⁵¹

Die verwarring met betrekking tot die terme “agent” en “trustee” word opgelos deurdat nie een van hierdie twee terme in die *Wetsontwerp* gebruik word nie. Daar word bloot verwys na 'n persoon wat in die naam van of namens 'n maatskappy optree wat later geïnkorporeer sal word.⁵²

Klousule 18 stel dit nie as vereistes, soos die geval in artikel 35 van die 1973 *Maatskappywet*, dat die akte van oprigting (“Memorandum of Incorporation” vir die doeleindes van die 2007 *Wetsontwerp*) as een van die oogmerke van die maatskappy die aanvaarding of bekragtiging van die voorinlywingskontrak daar moet stel en dat twee afskrifte van die voorinlywingskontrak by die Registrateur ingedien moet word nie.

In terme van artikel 35 van die 1973 *Maatskappywet* het die maatskappy 'n diskresie om die voorinlywingskontrak te bekragtig al dan nie. Indien die maatskappy nie die kontrak binne 'n redelike tyd bekragtig of indien die maatskappy nie geïnkorporeer word nie, verval die voorinlywingskontrak bloot en doen geen party tot die voorinlywingskontrak

50 Sien Hoofstuk 3:6.2-6.3.

51 Daar is egter ook in terme van artikel 35 aanvaar dat mondelinge ooreenkomste wat later op skrif gestel word ook onder artikel 35 tuisgebring kon word, sien *Nicolau v Navarone Investments (Pty) Ltd* 1971 3 SA 888 W en *Pledge Investments (Pty) Ltd v Kramer: In re Estate Selesnik* 1975 3 SA 696 A. Die bepalings van die *Wet op Vervreemding van Grond* 68 van 1981 wat skrif vereis, moet egter in gedagte gehou word in hierdie verband.

52 Sien klousule 1: “‘pre-incorporation contract’ means an agreement entered into before the incorporation of a company by a person who purports to contract in the name of, or on behalf of, the company, with the intention or understanding that the company will be incorporated...”

enige aanspreeklikheid op nie.⁵³ Hierdie bedeling het daartoe gelei dat derde partye nie genoegsaam beskerm is nie. Die posisie verskil egter in terme van klousule 18 deurdat die persoon wat namens die te-stigte maatskappy kontrakkeer in terme van subklousule (1) geag word 'n stilswyende waarborg te gee dat die maatskappy wel binne 'n redelike tydperk geïnkorporeer sal word, en dat sodra die maatskappy wel geïnkorporeer is, die maatskappy nie die kontrak sal repudieer nie. Daar word dus weg beweeg van die gedagte dat publisiteit aan voorinlywingskontrakte gekoppel moet word ten einde derdes te beskerm, na 'n bestel waar derdes beskerm word deur sekere stilswyende waarborge. Hierdie blyk 'n beter oplossing te wees aangesien derdes (wat bewus of onbewus van die voorinlywingskontrak is) geen beheer oor die inkorporeringsproses van die maatskappy sowel as die moontlike aanvaarding van voorinlywingskontrakte deur die maatskappy kan uitoefen nie.

Verdere beskerming word aan derde partye gegee, deurdat 'n maatskappy slegs 'n voorinlywingskontrak mag repudieer indien die maatskappy geen voordeel van watter aard ookal uit die kontrak ontvang nie.⁵⁴ Indien die maatskappy wel die kontrak repudieer word 'n hele aantal moontlike remedies vir 'n party tot die gerepudieerde voorinlywingskontrak in terme van klousule 18(5) gereserveer. Daar word 'n verdere remedie in klousule 18(6) vir 'n party tot 'n voorinlywingskontrak of enige belanghebbende party in die geval van die verbreking van 'n voorinlywingskontrak geskep. Ingevolge hierdie subartikel is die Hof by magte om enige bevel in hierdie verband te maak wat in die belang van geregtigheid is.

Daar heers onsekerheid aangaande die terugwerkende aard van die bekragtiging van 'n voorinlywingskontrak na die beslissing in *Peak Lode Gold Mining Co Ltd v Union Government*.⁵⁵ Regter Greenberg het in hierdie saak beslis dat waar 'n promotor optree as agent van 'n te stigte maatskappy, en die maatskappy die kontrak ratifiseer in terme van artikel 35 van die 1973 *Maatskappywet*, die kontrak eers vanaf die oomblik van bekragtiging in werking tree en nie terugwerkend van aard is nie. Alhoewel die oorgrote

53 *Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk v NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk* 1970 3 SA 367 A; *Rasec (Mooifontein) (Pty) Ltd v Devonport Investment Holding Co (Pty) Ltd* 1976 1 SA 299 W.

54 Klousule 18(2).

55 1932 TPD 48.

meerderheid van gesag⁵⁶ daarop dui dat hierdie interpretasie van artikel 35 verkeerd is, is hierdie die regsposisie. Klousule 18(4) van die *Wetsontwerp* los hierdie probleem op deurdat daar uitdruklik uitgestip word dat 'n voorinlywingskontrak wat in terme van dié artikel gesluit word terugwerkend van aard is. Daar word in terme van hierdie subklousule bepaal dat die maatskappy geag word 'n party tot die kontrak te gewees het ten tyde van kontraksluiting.⁵⁷

Die howe het in *Ex parte Vickerman*⁵⁸ beslis dat gemeenregtelike *stipulatio alteri* kontrakte nie onder artikel 35 tuisgebring kon word nie. Daar is dus twee tipes voorinlywingskontrakte wat in Suid-Afrika gesluit kan word. Hierdie dualistiese bedeling het tot verwarring en 'n gebrek aan beskerming vir derde partye gelei. Weens die feit dat klousule 18 nie die terme “agent” of “trustee” gebruik nie, blyk dit die geval te wees dat die howe klousule 18 sodanig sal interpreteer dat voorinlywingskontrakte wat in terme van die gemeenregtelike *stipulatio alteri* gesluit word ook onder hierdie artikel tuisgebring sal word.

Klousule 18 van die *Wetsontwerp* blyk 'n yslieke verbetering op artikel 35 van die 1973 *Maatskappywet* te wees. Dit is egter ongelukkig dat dié artikel nie uitdruklik met die gemeenregtelike *stipulatio alteri* in die geval van die sluiting van voorinlywingskontrakte weg gedoen het nie. Dit blyk egter die oogmerk van die 2007 *Wetsontwerp* te wees om eerder die gemeenregtelike posisie te versoen met die wetgewing as om dit uitdruklik af te skaf. Indien dit die oogmerk van die wetgewer is, is dit egter van kardinale belang dat voorinlywingskontrakte wat in terme van 'n *stipulatio alteri* gesluit word wel onder die strekking van klousule 18 tuisgebring moet word, andersins gaan veskeie van die probleme en verwarring wat met artikel 35⁵⁹ van die 1973 *Maatskappywet* ondervind is herhaal word. Daar kan laastens opgemerk word dat klousule 18 nie van van toepassing sal wees op enige maatskappy wat voor die inwerkingtrede van die 2007 *Wetsontwerp* alreeds geïnkorporeer was nie.⁶⁰

56 Cilliers *et al* 2000:62; Honoré 1992:66; Jooste 1989:509; Joubert 1979:68; Delpont 1977:304-305; Swart 1974:28.

57 Klousule 18(4): “...is valid and enforceable as if the company had been a party to the contract when it was made.”

58 1935 CPD 429.

59 Sien Hoofstuk 3 vir 'n volledige bespreking van artikel 35 en die *stipulatio alteri* en die wisselwerking tussen dié wetsartikel en die gemeenregtelike *stipulatio alteri*.

60 Sien item 8 van Skedule 6 van die *Wetsontwerp*.

6. OPENBAARMAKING

Die beginsel van openbaarmaking was in die verlede geskoei op die idee dat belanghebbende partye groter beskerming sal geniet deur openbaarmaking te vereis as om streng regulerende en voorskriftelike beginsels in wetgewing te vervat. Die funksionele verband tussen openbaarmaking en vrystelling van streng regulatoriese voorskrifte is as volg deur Rose verduidelik:

...publicity is the price of freedom...The alternative [to publicity] is inevitably the imposition of rigid legislative restrictions on business behaviour...⁶¹

Dit was dus die gevoel dat die beginsel van openbaarmaking die wetgewer toegelaat het om minder rigiede maatreëls vir die beheer van maatskappyoptrede daar te stel.⁶² Daar is egter deesdae wêreldwyd die tendens dat die wetgewer ingryp en breedvoerige openbaarmakings- sowel as korporatiewebestuursvereistes in wetgewing promulgeer.⁶³ Hierdie neiging kan grootliks toegeskryf word aan korporatiewe wanbestuur en finansiële skandale soos byvoorbeeld die Enron-, Regal-, Xerox- en Worldcom-skandale wat die wêreld teen die draai van die een en twintigste eeu getref het.⁶⁴

Daar is in die *Wetsontwerp* verskeie aanbevelings in verband met ouditeure en hul verhoudings tot maatskappye gemaak.⁶⁵ Daar word byvoorbeeld vir die volgende voorsiening gemaak: ouditkomitees,⁶⁶ die aanstelling van roterende ouditeure,⁶⁷ die duidelike omskrywing van die pligte en funksies van ouditeure⁶⁸ asook die bedanking van ouditeure.⁶⁹

Dit blyk dat die *Wetsontwerp* ook die posisie van die maatskappysekretaris veral insover dit “widely held companies” aanbetref onder die loep neem. Deel E van Hoofstuk 4 van die *Wetsontwerp* beskryf die pligte, aanstelling en verwydering van die sekretaris van ’n “widely held company” breedvoerig.

61 Rose 1963:8.

62 Cilliers 1964:204.

63 Sien Hoofstuk 4 vir ’n bespreking in hierdie verband.

64 Sien Etsebeth 2005:784.

65 Sien Deel D van Hoofstuk 4 van die *Wetsontwerp*.

66 Klousule 100.

67 Klousule 101.

68 Klousule 102.

69 Klousule 103.

Dit blyk dat die Wetgewer 'n soortgelyke weg gaan inslaan as wat in Engeland gevolg word. Die Engelse *Companies Act 2006* bevat breedvoerige bepalings aangaande die publikasie en weergee van finansiële rekords en ander verslae. Hierdie bepalings word aangetref onder die opskrif “Accounts and Reports” in Deel 15 van die betrokke stuk wetgewing en strek vanaf artikel 380 tot en met artikel 474. Breedvoerige bepalings aangaande maatskappy ouditeure word ook in die Engelse *Companies Act 2006* vervat in Deel 16 van dié betrokke wet en strek op hul beurt vanaf artikel 475 tot en met artikel 539.

Die *Wetsontwerp* bevat verskeie bepalings met betrekking tot die openbaarmakingsbeginsel. Punte vier en vyf van die verduidelikende memorandum van die *Wetsontwerp* stel dit as grondbeginsels van die *Wetsontwerp* ten doel, om te verseker dat Maatskappywetgewing direkteure genoegsaam aanspreeklik hou en dat alle belanghebbende partye 'n insae in die bestuur van 'n maatskappy moet hê.⁷⁰

Die *Wetsontwerp* maak dit ook duidelik dat minimum rekenkundige standarde statutêr afdwinging moet word vir finansiële jaarsate.⁷¹ Die *wetsontwerp* skep in Deel C van Hoofstuk 8 'n liggaam genaamd die “Financial Reporting Standards Council”.⁷² Hierdie liggaam is in die lewe geroep om die Minister by te staan ten einde rekenkundige standarde te formuleer soos beoog in artikels 96(7) tot 96(9) van die *Wetsontwerp*. Die *Wetsontwerp* maak dit egter duidelik dat daar versigtig omgegaan moet word met die statutêre afdwinging van openbaarmakingsvereistes ten einde te voorkom dat die maatskappyereg oor-gereguleer word.⁷³

Die *Wetsontwerp* maak voorsiening vir die feit dat maatskappye as “public interest companies”⁷⁴ geklassifiseer kan word. 'n “Public interest company” is enige maatskappy waarby die publiek 'n wesenlike of direkte belang het. Hierdie maatskappye is onderhewig aan strengere openbaarmakings- en deursigtigheidsvereistes.

70 4. (a) Company law should ensure the proper recognition of director accountability, and appropriate participation of other stakeholders.

71 4. (d) Minimum accounting standards should be required for annual reports. Sien deel C van Hoofstuk 4 van die *Wetsontwerp*.

72 Sien klousules 204 en 205.

73 5. (d) Company law should strike a careful balance between adequate disclosure, in the interests of transparency, and over-regulation.

74 Hierdie klassifikasie van maatskappye word omskryf in klousule 9.

Die *Wetsontwerp* maak ook uitsonderings, deurdat minder streng openbaarmakings- en prosessuele vereistes gestel word in die geval van maatskappye wat deur familiegroeperings besit word, sowel as maatskappye waar al die aandeelhouders direkteure is. “Closely held companies” hoef nie ouditeure aan te stel nie, tensy hulle ook die status van “public interest companies” beklee.⁷⁵

Deel 4 van Hoofstuk 4 stel ’n kodifikasie van direkteure se verpligtinge daar. Hierdie verpligtinge sluit die volgende in: fidusiêre pligte, redelike sorgpligte, sowel as al die gemeenregtelike verpligtinge van direkteure.⁷⁶

Hoofstuk 3 van die *Wetsontwerp* stel breedvoerige maatreëls daar vir die wyse waarop daar met maatskappyaandele omgegaan mag word. Daar word baie streng vereistes gestel vir die manier waarop direkteure met maatskappyaandele mag handel. Hierdie vereistes sal nie in detail in hierdie studie bespreek word nie, daar kan egter met vrug op die volgende klousules gelet word: 38(2), 38(4), 38(6), 39, 40(4). Deel C van Hoofstuk 3 van die *Wetsontwerp* stel ook streng vereistes daar vir enige distribusies van fondse wat deur die maatskappy gedoen mag word.

Die *Wetsontwerp* stel voor dat indien ’n direkteur ’n valse of misleidende finansiële staat onderteken of die besigheid van die maatskappy op ’n roekelose wyse bedryf, dit ’n kriminele oortreding daar sal stel wat strafbaar kan wees met gevangenisstraf van tot 10 jaar.⁷⁷

Die *Wetsontwerp* volg die Amerikaanse voorbeeld dat persone wat betrokke is by die maatskappy en wat bewus word van enige ongeoorloofde praktyke die nodige kwytskelding van kriminele vervolging sowel as ander vorme van beskerming moet geniet, indien hul hierdie praktyke rapporteer. Die beskerming van hierdie persone (Alarmmakers)⁷⁸ word gereël in artikel 161⁷⁹ van die *Wetsontwerp*.

75 Bekendstelling van die *Wetsontwerp* 2007:18.

76 Klousules 91 en 92.

77 Sien klousule 215 gelees saam met klousule 217. Dit is ook interessant om daarop te let dat die Landdrosshof deur klousule 218 gemagtig word om ’n straf in terme van klousule 217 op te lê.

78 “Whistle-blowers”.

79 Hierdie klousule lees soos volg:

7. DIE REGSTATUS VAN MAATSKAPPYE

Klousule 12⁸⁰ van die *Wetsontwerp* omskryf die status van maatskappye. Hierdie klousule bepaal dat 'n maatskappy deurlopend oor regs persoonlikheid beskik vanaf die

(1) Despite any provision of any other law, a company's Memorandum of Incorporation, or an agreement, a director, secretary or other officer, or employee of a company, a registered trade union or other representative of the employees of that company, a supplier of goods or services to a company, or an employee of such a supplier, who –

(a) has reasonable grounds to suspect that the company or any of its directors or employees has, or may have, contravened –

(i) this Act; or

(ii) any other legislation in a matter that could expose the company to an actual or contingent risk of liability, or is inherently prejudicial to the interests of the company; and

(b) in good faith discloses information concerning that suspicion –

(i) the Commission;

(ii) a director, committee of the board, auditor of the company or auditing committee; or

(iii) company secretary or other person authorised by the company to receive such information is immune from any civil or criminal liability for that disclosure, unless the disclosure was made unanimously.

(2) If a person has made a disclosure contemplated in subsection (1), the person has qualified privilege in respect of the disclosure.

(3) A person is entitled to compensation from another person for any damages suffered if the first person is entitled to make, or has made, a disclosure contemplated in subsection (1) and, because of that possible or actual disclosure, the second person –

(a) engages in conduct with the intent to cause detriment to the first person, and the conduct causes such detriment; or

(b) directly or indirectly makes an express or implied threat, whether conditional or unconditional, to cause any detriment to the first person or to another person; and

(i) intends the first person to fear that the threat will be carried out; or

(ii) is reckless as to causing the first person to fear that the threat will be carried out irrespective whether the first person actually feared that the threat would be carried out.

(4) Without limiting subsection (3), a court may order the reinstatement of an employee of a company, with compensation for lost remuneration, if –

(a) the employee has made a disclosure contemplated in subsection (1) ; and

(b) the company purports to terminate the contract of employment because the employee made that disclosure.

(5) Any provisions of a company's Memorandum of Incorporation, or an agreement, is void to the extent that it purports to limit, set aside or negate the effect of this section.

(6) A public interest company must directly or indirectly –

(a) establish and maintain a system to receive disclosures contemplated in this section confidentially, and act on them; and

(b) routinely publicise the availability of that system to the categories of persons contemplated in subsection (1).

80 Hierdie klousule lees soos volg:

(1) From the date and time that the incorporation of a company is registered, as stated in its Registration Certificate, the company –

(a) is a juristic person, which exists continuously until it's name is removed from the Companies Register in accordance with this Act; and

datum van registrasie van die inkorporasie tot die datum wanneer die maatskappy se naam van die register verwyder word. Die klousule bepaal verder dat 'n maatskappy oor al die bevoegdhede beskik waaroor 'n natuurlike persoon beskik insover dit vir die maatskappy moontlik is om hierdie bevoegdhede uit te oefen.

Hierdie posisie is soortgelyk aan die posisie wat in terme van die *Wet op Beslote Korporasies*⁸¹ geld. Subklousule 2 maak dit ook duidelik dat 'n persoon wat as promotor, aandeelhouer of direkteur van 'n maatskappy optree nie bloot uit hoofde van sy amp aanspreeklikheid kan opdoen nie. So 'n persoon kan slegs persoonlik aanspreeklik gehou word vir enige skulde of verpligtinge van die maatskappy insover die *Wetsontwerp* of die maatskappy se "Memorandum of Incorporation" uitdruklik vir daardie gebeurlikheid voorsiening maak.

8. DIE GELDIGHEID VAN MAATSKAPPYHANDELINGE

Die geldigheid van maatskappyhandelinge word gereël deur klousule 17⁸² van die *Wetsontwerp*.

(b) has all of the legal powers and capacity of an individual, except to the extent that a juristic person is incapable of exercising any such powers, or having any such capacity.

(2) A person is not, solely by reason of being an incorporator, shareholder or director of a company, liable for any liabilities or obligations of the company, except to the extent that this Act, or the company's Memorandum of Incorporation, expressly provide otherwise."

81 Wet 69 van 1984.

82 Hierdie klousule lees soos volg:

(1) An act of a company, other than an act that is in contravention of this Act, is not void solely because –

(a) the company did not have the capacity to do the act; or

(b) the directors did not have the authority to perform that act on behalf of the company, solely because the company itself did not have the capacity or power to do the act.

(2) No person may assert or rely on a lack of capacity, power or authority contemplated in subsection (1) in any legal proceedings, except proceedings –

(a) between a company and its shareholders or directors;

(b) between the shareholders and directors of a company; or

(c) arising as a result of an act in contravention of this Act.

(3) If a company's Memorandum of Incorporation limits, restricts or qualifies the purposes, powers, or activities of that company –

(a) the shareholders, by a special resolution, may ratify any action by the company that is inconsistent with any such limit, restriction or qualification, subject to subsection (4); and

Hierdie klousule maak dit duidelik dat enige handeling ('n handeling wat teenstrydig is met die *Wetsontwerp* word egter uitgesluit) nie ongeldig is bloot vanweë die feit dat die maatskappy nie oor die nodige vermoë beskik het om die handeling te verrig nie.⁸³ 'n Handeling van die maatskappy kan nie ongeldig wees bloot vanweë die feit dat die direkteure nie oor die nodige bevoegdheid beskik het om namens die maatskappy op te tree nie. Maatskappyhandeling is ook nie ongeldig bloot vanweë die feit dat die maatskappy nie oor die nodige vermoë beskik het om die handeling te verrig nie.⁸⁴ Die *Wetsontwerp* bepaal dat geen persoon op enige gebrek aan vermoë of bevoegdheid mag staatmaak soos in subklousule (1) genoem, tensy dit 'n aksie tussen: die maatskappy en die aandeelhouers, die maatskappy en die direkteure, die aandeelhouers en die direkteure, of indien die handeling 'n handeling in stryd is met die *Wetsontwerp*.⁸⁵

Klousule 17(3) bepaal dat indien die "Memorandum of Incorporation" van 'n maatskappy die vermoë of bevoegdhede van 'n maatskappy beperk, die aandeelhouers by wyse van 'n spesiale besluit enige handeling wat in stryd met die "Memorandum of Incorporation" gesluit is, mag ratifiseer.⁸⁶ Die aandeelhouers mag egter nie 'n handeling ratifiseer wat in stryd met die *Wetsontwerp* is nie.⁸⁷

Aandeelhouers (een of meer), direkteure of enige ander belanghebbende persoon mag stappe neem om die maatskappy te verhoed om enige handeling aan te gaan wat in stryd met die maatskappy se "Memorandum of Incorporation" is.⁸⁸ Indien 'n derde party

(b) one or more shareholders, directors or other interested persons may take proceedings to restrain the company from doing anything inconsistent with any such limit, restriction or qualification, without prejudice to any rights to damages of a third party who –

(i) obtained those rights in good faith; and

(ii) did not have actual knowledge of the limit, restriction or qualification.

(4) An action contemplated in subsection (3) may not be ratified if it is in contravention of this Act.

(5) Each shareholder of a company has a claim for damages against any person who causes the company to do anything inconsistent with a limit, restriction or qualification contemplated in this section, unless the action has been ratified by the shareholders in terms of subsection (3)(a).

83 Klousule 17(1)(a).

84 Klousule 17(1)(b).

85 Klousule 17(2).

86 Klousule 17(3)(a).

87 Klousule 17(4).

88 Klousule 17(3)(b).

egter deur hierdie optrede benadeel word en die derde party het *bona fide* opgetree en nie werklike kennis gedra van die beperkings vervat in die “Memorandum of Incorporation” nie, sal die derde party ’n reg hê om skadevergoeding te verhaal van die maatskappy.⁸⁹ Klousule 17(5) bepaal dat elke aandeelhouer van die maatskappy ’n reg het om skadevergoeding te eis van enige party wat die oorsaak is daarvan dat die maatskappy enige handeling sluit wat in konflik is met die maatskappy se “Memorandum of Incorporation”, tensy hierdie handeling geratifiseer is in ooreenstemming met klousule 17(3)(a).

9. DIE LEERSTUK VAN TOEGEREKENDE KENNIS

Die “Memorandum of Incorporation” is ingevolge die *Wetsontwerp* die enigste dokument wat die funksionering en bestuur van ’n maatskappy reël.⁹⁰ Die leerstuk van toegerekende kennis bepaal dat die inhoud van die publieke dokumente van ’n maatskappy aan elkeen toegereken word wat met die maatskappy onderhandel. Dit is irrelevant of die derde wat met die maatskappy onderhandel het inderdaad bewus was van die inhoud van die openbare dokumente, die blote feit dat hierdie dokumente geopenbaar is, is as voldoende beskou om kennis aan die derde toe te reken. Die leerstuk is uit verskeie oorde gekritiseer en inderdaad in Engeland (die jurisdiksie van sy oorsprong) en in Australië afgeskaf. Daar is egter in Suid-Afrika met die toepassing van hierdie leerstuk ingevolge die 1973 *Maatskappywet* volhard.⁹¹

Die leerstuk van toegerekende kennis word afgeskaf deur die *Wetsontwerp*. Dit word bereik deur die kumulatiewe werking van klousules 14(8), 15(4) en 17(3)(b) van die *Wetsontwerp*. Klousule 14(8) bepaal dat die “Memorandum of Incorporation” en enige ander reëls van ’n maatskappy slegs bindend is tussen die maatskappy en elke aandeelhouer, sowel as tussen aandeelhouders onderling.⁹² Daar word geensins daarvan melding gemaak dat dit ook bindend op derde partye is nie. Klousule 15(4)

89 Klousule 17(3)(b)(i) en (ii).

90 Bekendstelling van die *Maatskappywetsontwerp* 2007:14.

91 Sien Hoofstuk 5 vir ’n volledige bespreking van die leerstuk van toegerekende kennis.

92 Klousule 14(8) lees soos volg:

A company’s Memorandum of Incorporation, and any rules of the company, are binding –
(a) between the company and each shareholder; and
(b) between or among each of the several shareholders of the company.

bepaal dat geen kennis van die inhoud van enige dokument betreffende die maatskappy aan enige persoon toegereken kan word bloot vanweë die feit dat die dokument by die Kommissaris vir maatskappye geliaseer is of weens die feit dat die dokument vir openbare insae by enige kantoor van die maatskappy beskikbaar is nie.⁹³ Klousule 17(3)(b) bepaal dat 'n derde wat *bona fide* is en nie werklike kennis van die beperking wat vervat is in die "Memorandum of Incorporation" gehad het nie, 'n eis vir skadevergoeding kan instel teen die maatskappy indien die maatskappy verhoed word om die ooreenkoms wat met die derde gesluit is na te kom vanweë die feit dat die handeling in konflik met die "Memorandum of Incorporation" was.⁹⁴ Dit word deur hierdie artikel duidelik gestel dat werklike kennis van 'n beperking benodig word en dat daar geen sprake van toegerekende kennis kan wees nie.

Die afskaffing van die leerstuk van toegerekende kennis deur die *Wetsontwerp* moet heelhartig ondersteun word aangesien die leerstuk van toegerkende kennis geen bydrae tot die moderne Suid-Afrikaanse maatskappyereg kan lewer nie.⁹⁵

10. DIE *ULTRA VIRES*-LEERSTUK

Die 1973 *Maatskappywet* het die werking van die *ultra vires*-leerstuk drasties ingekort deur middel van artikels 33 en 36 van dáárdie *Wet*. Daar heers egter steeds verwarring en onsekerheid rondom die toepassing van die *ultra vires*-leerstuk in terme van die 1973 *Maatskappywet*.⁹⁶

93 Klousule 15(4) lees soos volg:
A person is not deemed to have knowledge of the contents of any document relating to the company merely because the document –
(a) has been filed with the Commissioner; or
(b) is accessible for inspection at an office of the company.

94 Klousule 17(3)(b) lees soos volg:
...one or more shareholders, directors or other interested persons may take proceedings to restrain the company from doing anything inconsistent with any such limit, restriction or qualification, without prejudice to any rights to damages of a third party who –
(i) obtained those rights in good faith; and
(ii) did not have actual knowledge of the limit, restriction or qualification.

95 Sien Hoofstuk 5 vir 'n gedetailleerde pleidooi vir die afskaffing van die leerstuk van toegerekende kennis in die Suid-Afrikaanse Maatskappyereg.

96 Sien Hoofstuk 6 vir 'n volledige bespreking van die *ultra vires*-leerstuk.

Alhoewel die *Wetsontwerp* nie die *ultra vires*-leerstuk totaal afskaf nie, het dit ten doel om die werking van die *ultra vires*-leerstuk verder in te perk.⁹⁷ Die kummulatiewe werking van klousules 12(1)(b)⁹⁸, 17⁹⁹ asook die feit dat maatskappye nie meer van doelstellingsklousules gebruik maak nie, maar bloot van 'n "Memorandum of Incorporation" het tot gevolg dat die *ultra vires*-leerstuk in Suid-Afrika slegs in uiters beperkte omstandighede toepassing sal vind.¹⁰⁰ Dit blyk dat die Wetgewer die bedeling in terme van die 1973 Maatskappywet (artikel 36), die Engelse sowel as die Australiese benaderings gekombineer het ten einde 'n oplossing vir Suid-Afrika daar te stel.¹⁰¹

Dit is egter betreurenswaardig dat daar steeds van die woord "directors" in klousule 17 van die *Wetsontwerp* gebruik gemaak word. Slegs die woord "director"¹⁰² word in die woordskrywingsartikel¹⁰³ van die *Wetsontwerp* aangetref, en daar is dus net soos in Engeland steeds onsekerheid oor presies wat met die woord "directors" in hierdie omstandighede bedoel word.¹⁰⁴

Dit blyk egter dat die bedeling wat deur die *Wetsontwerp* voorgestel word met betrekking tot die *ultra vires*-leerstuk 'n groot verbetering op die posisie ingevolge die 1973 *Maatskappywet* is. Die beskerming wat aan derde partye en aandeelhouers gebied word is noodsaaklik, dit is ook verblydend dat dit as vereiste gestel word dat 'n derde slegs hierdie beskerming sal geniet indien hy inderdaad *bona fide* opgetree het.¹⁰⁵

97 Bekendstelling van die *Maatskappywetsontwerp* 2007:16.

98 Sien die bespreking onder punt 6.

99 Sien die bespreking onder punt 7.

100 Die leerstuk is slegs van toepassing tussen die maatskappy en die direkteure, die maatskappy en die aandeelhouers en ook tussen die aandeelhouers en die direkteure van die maatskappy. Dit blyk dat daar ook op die *ultra vires*-leerstuk beroep kan word in aksies wat geloods word weens handelinge wat teenstrydig met die *Wetsontwerp* is. Sien klousule 17(2).

101 Sien Hoofstuk 6 vir 'n volledige bespreking van die posisies in Australië en Engeland.

102 'director' means a member of the board of a company, as contemplated in section 84.

103 Klousule 1.

104 Sien die bespreking in hierdie verband in Hoofstuk 6.

105 Sien die bespreking onder punte 6 en 7.

11. DIE *TURQUAND*-REËL EN DIE ESTOPPELLEERSTUK

Die *Turquand*-reël het sy ontstaan te danke aan die werking van die leerstuk van toegerekende kennis. Dit is verblydend dat die leerstuk van toegerekende kennis uiteindelik deur die *Wetsontwerp* afgeskaf word.¹⁰⁶ Dit mag dus voorkom dat die behoefte aan *Turquand*-reël die verval het. Die behoefte aan iets soortgelyk aan die *Turquand*-reël is egter in die VSA ondervind waar die leerstuk van toegerekende kennis nooit toepassing gevind het nie.¹⁰⁷

Die estoppelleerstuk is 'n billikeheidsremedie wat vanuit Engeland in Suid-Afrika oorgeneem is. Alhoewel die estoppelleerstuk en die *Turquand*-reël soms ooreenstem is dit twee duidelik verskillende regsverskynsels en is dit van kardinale belang dat hierdie twee leerstukke as afsonderlik beskou word en nie gehibridiseer moet word nie. Dit het egter ongelukkig in die verlede gebeur dat die hoër hierdie twee leerstukke vermeng het wat groot onsekerheid en verwarring tot gevolg gehad het.¹⁰⁸

Daar is geen ekwivalent in die *Wetsontwerp* vir die “statutêre *Turquand*-reël” wat in Australië aangetref word nie. Dit blyk dat die wetgewer onder die indruk verkeer dat die afskaffing van die leerstuk van toegerekende kennis gekoppel aan die remedies wat aan *bona fide* derdes, die maatskappy en aandeelhouers in klousule 17 gegee word die *Turquand*-reël oorbodig maak en dat hierdie reël nie meer toepassing sal vind in Suid-Afrika nie. Daar is ook geen sprake van die estoppelleerstuk in die *Wetsontwerp* te vinde nie. Aangesien die *Wetsontwerp* nie die gemeenregtelike posisie kodifiseer nie, kan aanvaar word dat die estoppelleerstuk steeds in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg toepassing sal vind.

Alhoewel die afskaffing van die leerstuk van toegerekende kennis wel verskeie probleme sal oplos, is die Suid-Afrikaanse maatskappyereg na die implimentering van die *Wetsontwerp* steeds vatbaar vir die verwarring en verbastering wat moontlik tussen die

106 Sien die bespreking onder punt 8.

107 Sien die regsvergelykende bespreking in verband met die *Turquand*-reël in die VSA in Hoofstuk 7.

108 Sien die bespreking van die *Turquand*-reël in Hoofstuk 7 sowel as die estoppelleerstuk in Hoofstuk 8.

Turquand-reël en die estoppelleerstuk mag plaasvind.¹⁰⁹ Dit is ook geensins 'n voldwonge feit dat daar weens die afskaffing van die leerstuk van toegerekende kennis geen verdere behoefte aan die *Turquand*-reël in Suid-Afrika sal ontstaan nie.

12. TITEL EN INWERKINGSTREDE VAN DIE MAATSKAPPYWETSONTWERP VAN 2007

In terme van artikel 227 van die *Wetsontwerp* sal die wet bekend staan as die *Maatskappywet* van 2007 en sal die wet in werking tree op 'n dag wat deur die Staatspresident vasgestel sal word en in die Staatskoerant gepubliseer sal word. Hierdie datum mag egter nie vroeër as een jaar wees nadat die Staatspresident die wet onderteken het nie.

Dit is interessant om daarop te let dat item 9(6)¹¹⁰ van Skedule 6 van die *Wetsontwerp* bepaal dat enige persoon die reg het om aanspraak te maak op 'n remedie ingevolge die 2007 *Maatskappywet*, selfs al het die gewraakte handeling voor die inwerkingtrede van die 2007 *Maatskappywet* plaasgevind, tensy die persoon alreeds 'n regsgeeding op grond van hierdie handeling voor die datum van inwerkingtrede van die 2007 *Maatskappywet* van stapel gestuur het.¹¹¹ Hierdie blyk 'n vreemde bepaling te wees veral insover dit mag beteken dat sekere persone moontlike kriminele aanspreeklikheid mag oploop vir handeling wat ingevolge die 2007 *Maatskappywet* gekriminaliseer word. Hierdie blyk 'n onhoudbare situasie te wees aangesien dit 'n algemene beginsel¹¹² van die strafreg is dat 'n persoon nie skuldig bevind kan word op grond van 'n handeling wat nie as 'n misdaad beskou is op die oomblik wat die handeling gepleeg is nie.¹¹³ Indien dit egter

109 Sien die besprekings in hierdie verband in Hoofstukke 7 en 8.

110 Hierdie item lees soos volg:

A right of any person to seek a remedy in terms of this Act applies with respect to conduct pertaining to a pre-existing company and occurring before the effective date, unless the person had commenced proceedings in a court in respect of the same conduct before the effective date.

111 Dit moet egter in gedagte gehou word dat item 8 van Skedule 6 bepaal dat klousule 18 (voorinlywingskontrakte) nie op maatskappye van toepassing is wat alreeds voor die inwerkingtrede van die *Wetsontwerp* bestaan het nie.

112 Hierdie beginsel staan beken as die legaliteitsbeginsel.

113 Sien Burchell 2005:94-106 asook Snyman 2002:39-42 vir 'n volledige bespreking van die legaliteitsbeginsel.

toegelaat word sal 'n individu se reg op 'n regverdige verhoor wat in terme van artikel 35 van die Grondwet¹¹⁴ gewaarborg word onregverdigbaar geskend word.¹¹⁵

13. GEVOLGTREKKING

Die *Wetsontwerp* het drie hoë-vlak doelwitte. Eerstens het die *Wetsontwerp* dit ten doel om die regulatoriese las ten opsigte van klein en medium grootte ondernemings te verlig. Tweedens het dit ten doel om aan beleggers groter beskerming te bied deur onder andere korporatiewe bestuur, minderheidsbeskerming en aksies wat tot die beskikking van beleggers is, uit te brei. Die *Wetsontwerp* het dit laastens ten doel om 'n meer buigsame korporatiewe omgewing te skep sonder om regulatoriese standaarde te verlaag ten einde belegging in die Suid-Afrikaanse ekonomie aan te moedig.¹¹⁶

Die opstellers van die *Wetsontwerp* antisipeer dat die implimentering van die *Wetsontwerp* die volgende resultate tot gevolg sal hê. Eerstens dat die kostes in verband met die registrasie en bestuur van maatskappye drasties sal afneem. Tweedens dat die regulatoriese vereistes van klein en medium grootte maatskappye drasties ingekort gaan word. Derdens dat die deusigtigheid en aanspreeklikheid by “public interest companies” uitgebrei word, en in die laaste plek word dit ook voorspel dat aandeelhouerbeskerming drasties uitgebrei sal wees en dat daar 'n billiker en veiliger beleggingsomgewing vir aandeelhouders geskep sal word.¹¹⁷

Die *Wetsontwerp* behoort met enkele voorbehoude ondersteun te word. Dit is nie te betwyfel dat 'n totale hersiening van die Ondernemingsreg in Suid-Afrika broodnodig is nie. Die groter beskerming wat vir derde partye sowel as beleggers in die *Wetsontwerp* beding word is prysenswaardig. Die moontlike afskaffing van die beslote korporasie as ondernemingsvorm behoort egter verdere debat te ontlok, veral as die kostes sowel as

114 Wet 108 van 1996.

115 Die legaliteitsbeginsel word in artikel 35(3)(l) en 35(3)(n) van die Grondwet 108 van 1996 vervat. Sien Burchell 2005:95, 105-106 asook Snyman 2002:41-42.

116 Bekendstelling van die *Maatskappywetsontwerp* 2007:5.

117 Bekendstelling van die *Maatskappywetsontwerp* 2007:23.

die administratiewe las wat gekoppel word aan die omskepping van bykans 1.3 miljoen beslote korporasies in ag geneem word.¹¹⁸

Die posisie met betrekking tot voorinlywingskontrakte word in klousule 18 van die *Wetsontwerp* gereël. Die regsposisie ingevolge die *Wetsontwerp* blyk 'n groot verbetering op die posisie ingevolge die 1973 *Maatskappywet* te wees. Dit is egter van kardinale belang dat die gemeenregtelike *stipulatio altreri*-kontrakte ook onder die strekking van klousule 18 tuisgebring moet word.¹¹⁹

Dit blyk dat die wetgewer raakgevat het met die uitbreiding van die openbaarmakingsbeginsel insover dit veral “public interest companies” aanbetref, met die voorbehoud dat aandag geskenk word aan die breë onbepaalde magte wat aan die Minister gegee word om te bepaal dat maatskappye wat in sekere sektore sake doen sonder meer tot “public interest companies” verklaar kan word.¹²⁰ Alhoewel die *Wetsontwerp* dekriminalisasie van die korporatiefreg voorstaan word die bepalinge wat die optrede van direkteure reël aansienlik uitgebrei. Dit blyk in lyn met die internasionale tendense in hierdie verband te wees.

Die enkele verblydendste aspek van die *Wetsontwerp* insover dit die verteenwoordigingsreg aanbetref blyk die afskaffing van die leerstuk van toegerekende kennis te wees.¹²¹ Die verdere inperking met betrekking tot die werking van die *ultra vires*-leerstuk blyk ook in lyn met die internasionale tendens te wees.¹²² Die standpunte wat ingeneem word met betrekking tot die *Turquand*-reël sowel as die estoppelleerstuk is egter teleurstellend.¹²³ Die wetgewer gaan van die veronderstelling uit dat die afskaffing van die leerstuk van toegerekende kennis alle verwarring en probleme wat met die toepassing van hierdie twee regsverskynsels in die Suid-Afrikaanse ondernemingsreg ondervind word, sonder meer sal oplos. Hierdie argument blyk egter simplisties en naïef te wees.¹²⁴

118 Sien die bespreking onder punt 3.1.

119 Sien die bespreking onder punt 5.

120 Sien klousule 9(1)(b)(i) sowel as die bespreking onder punt 3.3.

121 Sien die bespreking onder punt 8. Sien ook die bespreking in Hoofstuk 5.

122 Sien die bespreking onder punt 9. Sien ook die bespreking in Hoofstuk 6.

123 Sien die bespreking onder punt 10.

124 Sien die bespreking onder punt 10 sowel as Hoofstukke 7 en 8.

Die uiteindelijke inwerkingtrede van die *Wetsontwerp* sal 'n grootse gebeurtenis in die Suid-Afrikaanse ondernemingsreg wees. Daar rus egter 'n enorme verantwoordelikheid op elke persoon wat by hierdie proses direk sowel as indirek betrokke is om te verseker dat die *Wetsontwerp* goed deurdink en gedebatteer word. Suid-Afrika het 'n desperate behoefte aan 'n *Maatskappywet* wat volgehoue ekonomiese groei op 'n billike en doeltreffende wyse kan fasiliteer en reguleer.

HOOFSTUK 10

GEVOLGTREKKING EN AANBEVELINGS

1. DOELSTELLING EN WERKSWYSE

1.1 Doelstelling

Die primêre doelwit van hierdie hoofstuk is om aanbevelings te maak aangaande die oplossing van gebreke wat in die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg sover dit maatskappye aanbetref geïdentifiseer is.

1.2 Werkswyse

Die werkswyse wat in hierdie hoofstuk gevolg word, is dat 'n bepaalde aspek van die verteenwoordigingsreg in 'n maatskappyregtelike konteks, naamlik voorinlywingskontrakte, openbaarmaking, die leerstuk van toegerekende kennis, die *ultra vires*-leerstuk, die *Turquand*-reël en die estoppelleerstuk kortliks toegelig word, gevolg deur die voorgestelde oplossings en aanbevelings wat in daardie verband gemaak word.

2. PERSPEKTIEF

Die gemeenregtelike posisie in Suid-Afrika jeens verteenwoordiging was oorspronklik in wese die erkenning van die Romeins-Hollandse posisie aangaande direkte verteenwoordiging gekoppel aan die omvangryke stel reëls in verband met die verhouding tussen die verteenwoordiger en die prinsipaal.

Die verhouding tussen prinsipaal en verteenwoordiger is slegs in breë trekke in die Romeins-Hollandse reg gereël. Daar het 'n sterk behoefte ontstaan na die ontwikkeling van die verteenwoordigingsreg in Suid-Afrika. Hierdie behoefte het tot gevolg gehad dat daar na die Engelse reg gegryp is, in stede dat daar by kontinentale stelsels (wat 'n nouer verbintenis met die Romeins-Hollandse reg het) vir hulp aangeklop is. Dit het tot gevolg dat alhoewel die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg 'n Romeins-Hollandse basis het, dit sterk deur die Engelse reg beïnvloed is. Ten einde die verteenwoordigingsreg in maatskappyregtelike konteks

te verstaan is dit dus noodsaaklik om die ontwikkeling van die Engelse *Companies Acts* in gedagte te hou, aangesien die Suid-Afrikaanse maatskappywetgewing grootliks op hierdie wetgewing geskoei is.¹ Toe die wetgewer van die destydse Unie van Suid-Afrika die *Maatskappywet* 46 van 1926 op die wetboek geplaas het, was daar nie slegs 'n oornam van die Engelse *Companies (Consolidation) Act* van 1908 nie,² maar ook 'n oornam van die geskiedenis tot die *Companies Act* van 1908.³ Die rede waarom daar 'n oornam van die voorgeskiedenis tot die *Companies Act* van 1908 was, is weens die feit dat die Suid-Afrikaanse howe (verkeerdelik) op Engelse beslissings staatgemaak het as gesag waar die Suid-Afrikaanse gemenerereg nie 'n oplossing vir 'n bepaalde probleem gebied het met die toepassing van Maatskappywetgewing in Suid-Afrika nie.⁴ 'n Spreekende voorbeeld hiervan is die toepassing van die *ultra vires*-leerstuk, estoppelleerstuk sowel as die *Turquand*-reël.

Hierdie verbastering het tot die verryking van die Suid-Afrikaanse maatskappy- en verteenwoordigingsreg gelei. Daar is ongelukkig verskeie probleme ondervind en die vraag kan baie duidelik gevra word of die kool werklik die sous werd was?

Indien daar na die stand van beslote korporasies gekyk word, sowel as na ander regstelsels, is dit ongelooflik dat die wetgewer nog nie aanpassings op die gebied van maatskappyvertenwoordiging aangebring het, ten einde die ernstige gebreke waaronder die Suid-Afrikaanse maatskappyereg gebuk gaan aan te suiwer nie.

Die wetgewer het 'n totale hersiening van die Suid-Afrikaanse ondernemingsreg in 2007 van stapel gestuur deur die konsep *Maatskappywetsontwerp* van 2007 ter tafel te lê.⁵

1 Cilliers 1964:205.

2 Die oornam van die *Companies Consolidation Act* 1908 (8 Edw. 7, C. 69) het via die Transvaalse *Maatskappywet* 31/1909 plaasgevind. Sien Cilliers *et al* 2000: 23.

3 Cilliers 1964:205.

4 Lombard 2002:237.

5 Sien hoofstuk 9 vir 'n volledige bespreking van die konsep *Maatskappywetsontwerp* van 2007.

3. VOORINLYWINGSKONTRAKTE⁶

Dit is somtyds noodsaaklik om regte vir 'n maatskappy te beding voordat die betrokke maatskappy met regs persoonlikheid bekleed word. Die kontrakte wat in hierdie omstandighede namens die maatskappy gesluit word staan as voorinlywingskontrakte bekend. Dit is voor die hand liggend dat die maatskappy nie self 'n party tot die kontrak kan wees nie. 'n Verdere probleem wat in hierdie verband ontstaan is dat die oprigters nie gemeenregtelik as die verteenwoordigers van 'n niebestaande prinsipaal kan optree nie. Daar het gevolglik 'n besondere stel reëls ontwikkel om hierdie unieke situasie te reël.

Die Suid-Afrikaanse regsposisie, in soverre dit voorinlywingskontrakte aanbetref, is 'n onsekere mengsel van die gemenerereg en 'n onduidelike statutêre bepaling (artikel 35 van die Wet). Die rede hiervoor is dat die hofe artikel 35 interpreteer om nie die gemeenregtelike *stipulatio alteri*-kontrakte by die strekking van die artikel in te sluit nie. Hierdie interpretasie van die hofe is 'n skreiende mistasting van die wetgewer se bedoeling.

Die oplossing van hierdie probleem blyk die wysiging van artikel 35 te wees. Die voorgestelde wysigings is dan die volgende. Eerstens die afskaffing van die gemeenregtelike *stipulatio alteri*-kontrakte. Tweedens moet dit duidelik uit artikel 35 blyk dat die vereiste dat twee afskrifte van die voorinlywingskontrak, waarvan een deur 'n notaris gesertifiseer moet word, by die registrateur ingedien moet word, nie bloot aanwysend is nie, maar inderdaad gebiedend van aard is. Derdens moet artikel 35 dit duidelik stel dat 'n voorinlywingskontrak wat ingevolge dié artikel gesluit is, terugwerkend van krag is, dit wil sê vanaf die datum van kontraksluiting.

In die laaste instansie is dit broodnodig dat die beskerming van *bona fide*-derde partye in dié artikel uitgebrei word. Die rede waarom hierdie wysiging voorgestaan word is weens die feit dat die maatskappy 'n diskresie het om die kontrak te bekragtig al dan nie. Indien die maatskappy nie die kontrak binne 'n redelike tyd bekragtig of inkorporeer word nie, verval die kontrak eenvoudig en doen niemand enige aanspreeklikheid op nie. Alhoewel daar 'n publisiteitsvereiste aan die voorinlywingskontrakte gekoppel word, het die derde geen verdere beheer oor die inkorporeringsproses van die maatskappy, sowel as die moontlike aanvaarding van

6 Sien hoofstuk 3.

die voorinlywingskontrakte deur die maatskappy nie. Die beskerming wat dus aan *bona fide*-derde patye gebied word, blyk dus gebrekkig te wees. Die Australiese posisie⁷ aangaande die hof se diskresie, om steeds die promotor sowel as die maatskappy moontlike aanspreeklikheid te laat ooploop indien dit regverdig en billik is, bied genoegsame beskerming aan derdes en behoort ook in Suid-Afrika ingevoer te word.

Kousule 18 van die konsep *Maatskappywetsontwerp* van 2007 stel 'n totaal nuwe bedeling vir voorinlywingskontrakte in Suid-Afrika voor.⁸ Hierdie klousule blyk 'n groot verbetering op artikel 35 van die 1973 *Maatskappywet* te wees, mat die enigste voorbehoud dat hierdie klousule nie uitdruklik bepaal dat die gemeenregtelike *stipulatio alteri* onder die klousule sal resorteer nie. Dit laat dus die deur oop vir die hof om steeds die *stipulatio alteri* konstruksie in verband met voorinlywingskontrakte ongehinderd toe te pas. Dit kan egter nie toegelaat word nie, aangesien dieselfde probleme wat met betrekking tot voorinlywingskontrakte in Suid-Afrika in terme van die vorige bedeling ondervind is, dan bloot herhaal sal word.

4. DIE LEERSTUK VAN OPENBAARMAKING⁹

Die beginsel van openbaarmaking is op die idee geskoei dat belanghebbende partye beter beskerm word, deur openbaarmaking van inligting te vereis as om streng regulerende en voorskriftelike beginsels in wetgewing te vervat. Gevolglik vereis die Maatskappywet 61 van 1973 die gereelde openbaarmaking van geouditeerde finansiële state, sowel as dat sekere openbare dokumente by die Registrateur van Maatskappye geregistreer moet word en vir insae deur derdes beskikbaar moet wees.

Verskeie verteenwoordigingsleerstukke word deur die openbaarmakingsbeginsel beïnvloed. Die vernaamste voorbeeld hiervan is die verhouding wat bestaan tussen die openbaarmakingsbeginsel en die leerstuk van toegerekende kennis.

'n Hele aantal belangegroepes word deur die werking van die openbaarmakingsbeginsel bevoordeel of beskerm. Hierdie groeperings is onder meer potensiële aandeelhouders of beleggers, aandeelhouders, skuldeisers, die

7 Sien hoofstuk 3 paragraaf 5.

8 Sien hoofstuk 9 vir 'n volledige bespreking van klousule 18 van *Maatskappywetsontwerp* van 2007.

9 Sien hoofstuk 4.

maatskappy self en persone wat met die maatskappy kontrakteer. Soos egter aangetoon is, vloei hierdie beskerming meestal voort uit die publikasie van finansiële inligting en direkteursbesluite. Aanvanklik is die verskaffing van publisiteit as een van die doeltreffendste wyses beskou om wanpraktyke deur maatskappye aan die kaak te stel. Hierdie tradisionele beskouing is onlangs bevraagteken toe die finansiële wêreld deur die Enron-, Regal-, Xerox- en Worldcom-skandale geskud is.

Dit is van kardinale belang dat die Suid-Afrikaanse Algemeen Aanvaarde Rekeningkundige Praktyk (groot AARP) so spoedig moontlik statutêr afgedwing word en dat daar nie verder deur die wetgewer in hierdie verband gesloer word nie. Die nodige wysigings, onder meer artikel 286(3), sowel as paragraaf 5 van die Vierde Bylae, van die *Maatskappywet* 61 van 1973 moet in hierdie verband aangebring word.

Dit blyk duidelik dat die beginsel van openbaarmaking 'n uiters nuttige maatreël vir die beskerming van verskeie belangegroepes binne maatskappyregtelike verband is. Daar word dus aan die hand gedoen dat die openbaarmakingsbeginsel ontwikkel moet word in soverre dit die openbaarmaking van finansiële state en direkteurshandelinge aanbetref. Dit beteken nie dat die openbaarmakingsbeginsel uitgebrei moet word ten einde die werking van die leerstuk van toegerekende kennis te versterk nie.

Die 2007 konsep *Maatskappywetsontwerp* maak verskeie aanbevelings betreffende die openbaarmakingsbeginsel in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg.¹⁰ Daar word onder meer aanbevelings in verband met die ouditeure van maatskappye, die sekretaris van maatskappye sowel as die publikasie van finansiële state en rekords van maatskappye gemaak. Die konsep *Maatskappywetsontwerp* dwing verder minimum rekenkundige standaarde statutêr af. In dieselfde asem moet dit egter genoem word dat die *wetsontwerp* dit duidelik stel dat daar versigtig omgegaan moet word met die statutêre afdwinging van openbaarmakingsvereistes ten einde die oorregulering van die Suid-Afrikaanse maatskappyereg te voorkom.

10 Sien hoofstuk 9 vir 'n volledige bespreking van die toepassing van die openbaarmakingsbeginsel in die konsep *Maatskappywetsontwerp* van 2007.

5. DIE LEERSTUK VAN TOEGEREKENDE KENNIS¹¹

Die leerstuk van toegerekende kennis bepaal dat elkeen wat met die maatskappy onderhandel (insluitend sy lede) geag word ten volle bewus te wees van die openbare dokumente (waarvan die akte met sy doelstellings deel is) van die maatskappy.

Die leerstuk van toegerekende kennis perk die beskerming wat aan 'n derde verleen kan word ooreenkomstig die *Turquand*-reël, sowel as sy potensiële beskerming ooreenkomstig die estoppelleerstuk, onbillik in. Die werking van die leerstuk van toegerekende kennis het tot gevolg dat 'n derde party se goeie of kwade trou geen invloed uitoefen op die beskerming verleen deur artikel 36 van die *Maatskappywet* 61 van 1973 nie.

Alhoewel die vennootskapsanalogie (wat soos reeds aangedui die *ratio* vir die skepping van die reël was) alreeds laat vaar is, het die leerstuk van toegerekende kennis steeds 'n verstikkende effek op die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg. Die leerstuk is alreeds in die jurisdiksie waarin dit ontstaan het (Engeland) afgeskaf.

Indien die kritiek teen die leerstuk en in besonder die feit dat die leerstuk moontlik ongrondwetlik mag wees, in ag geneem word, is dit duidelik dat die leerstuk van toegerekende kennis lank nie meer welkom is in die Suid-Afrikaanse reg nie. Die enigste wyse waarop hierdie hardnekkige indringer nekomgedraai kan word, blyk die algehele statutêre afskaffing van die leerstuk te wees.

Die 2007 konsep *Maatskappywetsontwerp* skaf die leerstuk van toegerekende kennis in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg af.¹² Die wetsontwerp behoort heelhartig in hierdie verband ondersteun te word aangesien die leerstuk van toegerekende kennis geen positiewe bydrae tot die moderne Suid-Afrikaanse maatskappyereg kan lewer nie.

11 Sien hoofstuk 5.

12 Sien hoofstuk 9 vir 'n volledige bespreking van die leerstuk van toegerekende kennis en die konsep *Maatskappywetsontwerp* van 2007.

6. DIE *ULTRA VIRES*-LEERSTUK¹³

'n Regspersoon, ingelyf ingevolge 'n algemeen magtigende wet, beskik oor die vermoë waarvoor voorsiening gemaak is in die doelstellingsklousule in die akte van oprigting. Enige handeling wat buite die bestek van die doelstellingsklousule geval het was gemeenregtelik tot voor die inwerkingtrede van die *Maatskappywet* 61 van 1973, *ultra vires* en gevolglik nietig.

Die akte en statute vorm 'n kontrak tussen die lede en die maatskappy, en gevolglik kan 'n lid, in sy hoedanigheid as lid, die maatskappy verplig om te hou by sy verklaarde doelstellings. Enige party tot 'n *ultra vires*-transaksie kon hom op die nietigheid daarvan beroep en aangesien die transaksie nietig was, moes elke party teruggee wat reeds gepresteer is. Waar teruggawe nie moontlik was nie, is 'n aksie gebaseer op ongeregverdigde verryking in die Suid-Afrikaanse reg erken.

Die rede vir die *ultra vires*-leerstuk was om skuldeisers teen 'n skielike rigtingverandering deur die maatskappy te beskerm. 'n Verdere rede vir die leerstuk was om aan beleggers wat hul geld vir 'n sekere doel bewillig het, beskerming te bied, deurdat hul fondse vir geen ander doel aangewend kon word nie. Die kombinasie van die leerstukke van toegerekende kennis en *ultra vires* kan met reg as 'n "trap for the unwary" beskryf word.

Daar is verskeie aspekte rakende die toepassing van die *ultra vires*-leerstuk wat enorme probleme in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg skep.

Die eerste van hierdie probleme is die feit dat die posisie aangaande doelstellingsklousules in Suid-Afrika uiters onbevredigend deur artikels 33 en 34 van die Wet hanteer word. Die vaagheid van hierdie artikels het tot gevolg dat daar in die afgelope 30 jaar geen regsontwikkeling in hierdie verband kon plaasvind nie. Die belangrikste vraag wat in hierdie verband gevra moet word, is waarom die wetgewer hom nog met die onbenullige bepaling ophou dat 'n maatskappy oor 'n doelstellingsklousule moet beskik? Daar is al in ander jurisdiksies met hierdie bepaling weggedoen.

13 Sien hoofstuk 6.

Die tweede probleem is dat die wetgewer se poging om die *ultra vires*-leerstuk in Suid-Afrika te “bestuur” met behulp van artikel 36, in stede daarvan om die leerstuk af te skaf, ’n totale mislukking is. Die eerste punt van kritiek wat teen artikel 36 uitgespreek kan word, is die ongelukkige woordkeuse van “direkteure” in hierdie artikel. Tweedens heers daar onsekerheid oor die aspek of daar onderskeid getref behoort te word tussen binnestanders en buitestanders wat regshandelinge met die maatskappy aangaan. Die derde punt van kritiek wat teen artikel 36 uitgespreek kan word, is dat artikel 36 geen vereiste van *bona fides* vir ’n derde wat handelinge met ’n maatskappy aangaan, daarstel nie. Dit is onaanvaarbaar dat ’n derde wat kennis van ’n bevoegdheidsoorskryding dra, steeds die maatskappy gebonde kan hou aan ’n handeling wat *ultra vires* aangegaan is.

Die derde probleem is dat die doel waarvoor die *ultra vires*-leerstuk geskep is, naamlik om beskerming aan aandeelhouders, voornemende beleggers en krediteure te bied, bloot nie meer met die toepassing van dié leerstuk bereik kan word nie.

Die enigste werkbare oplossing blyk die algehele afskaffing van die *ultra vires*-leerstuk te wees, veral as in gedagte gehou word dat die *Wet op Beslote Korporasies*¹⁴ dieselfde magte aan ’n beslote korporasie verleen as waarop ’n natuurlike persoon geregtig is. Die behoefte aan doelstellingsklousules sal verval indien hierdie uitweg geneem word. ’n Soortgelyke benadering is in Australië gevolg. Die rede waarom daar egter gemengde welslae met hierdie benadering in bogenoemde jurisdiksie behaal is, is weens die feit dat die Australiese aanvanklike poging as halfhartig bestempel kan word. Indien daar dus gepoog word om hierdie hardnekkige leerstuk uit die Suid-Afrikaanse maatskappyereg te verwyder, moet dit met vasberadenheid en aggressie gedoen word.

Indien die *ultra vires*-leerstuk in sy geheel afgeskaf word, behoort daar egter steeds maatreëls te wees ingevolge waarvan die maatskappy steeds die bevoegdhede van maatskappyverteenwoordigers kan beperk. Dit is egter billik dat die maatskappy onder die verpligting geplaas moet word om hierdie beperkings onder die derde se aandag te bring, aangesien dit bloot billik is dat die maatskappy die risiko van die optrede van onbesonne maatskappyverteenwoordigers dra. Die maatskappy het immers self die beheer oor wie hy as ampsbekleërs aanstel. ’n Verdere rede waarom die maatskappy die risiko moet dra, is weens die feit dat die verteenwoordiger in

14 Wet 69 van 1984.

hierdie omstandighede persoonlike aanspreeklikheid teenoor die maatskappy oploop.

Die konsep *Maatskappywetsontwerp* van 2007 skaf nie die *ultra vires*-leerstuk totaal af nie, dit het egter ten doel om die werking van die *ultra vires*-leerstuk verder in te perk.¹⁵ Alhoewel dit prysenswaardig is dat die *wetsontwerp* die doelstellingsklousules van maatskappye afskaf, is dit egter betreuenswaardig dat die *wetsontwerp* nie die *ultra vires*-leerstuk finaal die nek omgedraai het nie. 'n Gulde geleentheid om die Suid-Afrikaanse maatskappyereg van hierdie argaïse, hardnekkige indringer te suiwer is verspeel.

7. DIE TURQUAND-REËL¹⁶

Een van die belangrikste aanpassings van die verteenwoordigingsreg het onder die invloed van die *Turquand*-reël plaasgevind. 'n Maatskappy word, soos enige ander prinsipaal, slegs gebind indien sy verteenwoordiger oor die nodige volmag beskik om 'n bepaalde regshandeling te verrig. Verteenwoordigers van maatskappye se volmag word dikwels onderhewig gestel aan die nakoming van sekere interne prosedures, maar geen publisiteit word normaalweg aan hierdie interne vereistes verleen nie.

Kennis aangaande die gestelde vereistes word aan derdes toegeskryf, en daar word dus van hulle verwag om verdere ondersoek in te stel ten einde vas te stel of die voorvereistes inderdaad nagekom is. Die derde se beroep op estoppel word bemoeilik aangesien die derde nie maklik sal kan bewys dat die maatskappy 'n skyn verwek het dat die interne vereistes wel nagekom is nie.

Dit is duidelik dat dit 'n onhoudbare situasie sou skep wat onrealistiese eise aan derdes sou stel. Ten einde hierdie situasie te temper het die Engelse howe die *Turquand*-reël geformuleer. Ingevolge die *Turquand*-reël is 'n buitestander wat te goeder trou met 'n maatskappy kontrakteer, geregtig om aan te neem dat die interne bestuur van die maatskappy na behore geskied het. Gevolglik sal 'n maatskappy

15 Sien hoofstuk 9 vir 'n bespreking van die konsep *Maatskappywetsontwerp* van 2007 en die *ultra vires*-leerstuk.

16 Sien hoofstuk 7.

steeds gebonde gehou kan word indien die verteenwoordiger se volmag juridies gebrekkig was bloot as gevolg van 'n interne onreëlmatigheid.

Die *Turquand*-reël is 'n billikheidsreël waardeur die ondersoek van derdes beperk word tot aspekte waaraan publisiteit verleen is. Die toepassing van hierdie reël het al by verskeie geleenthede tot verwarring en teenstrydige beslissings gelei juis vanweë die feit dat die reël se presiese omvang en inhoud nie aanvanklik beskryf is nie, maar dat die reël op 'n kasuïstiese wyse as billikheidsremedie gebruik is. Dit het gelei tot 'n troebel moeras van onsekerheid jeens die presiese toepassingsgebied sowel as die inhoud van die reël.

Die *Turquand*-reël het in die Engelse reg verwater tot weinig meer as 'n verskyningsvorm van estoppel. Ten spyte van die probleme wat in die Engelse reg ontstaan het, is sake ietwat meer bevredigend deur die howe in Suid-Afrika hanteer. Die risiko bestaan egter ook in Suid-Afrika dat die howe in hierdie omstandighede die *Turquand*-reël verkeerdelik sou aanwend, veral in navolging van die uitspraak in *Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd*¹⁷

Daar bestaan ondanks die oorvleueling tussen die leerstuk van estoppel en die *Turquand*-reël steeds 'n behoefte aan hierdie reël,¹⁸ met die voorbehoud dat die toepassingsveld van die *Turquand*-reël duidelik afgebaken word. Daar moet egter toegegee word dat hierdie reël so ineengevleg met die estoppelleerstuk geraak het, dat daar dringend aan hierdie situasie aandag geskenk moet word ten einde die gladde verloop van die handelsverkeer te verseker.

Daar word aan die hand gedoen dat hierdie posisie slegs beredder kan word deur 'n kodifikasie van hierdie situasie.¹⁹ Die skepping van 'n statutêre *Turquand*-reël word dus voorgestaan. Daar kan met vrug na die Engelse sowel as Australiese bedelings gekyk word. Die Engelse bedeling blyk egter van meer hulp te wees, aangesien die Australiese bedeling baie ingewikkeld is en weens die feit dat die maatskappyseël so 'n prominente rol in daardie jurisdiksie speel.

17 1964 1 All ER 630 (CA).

18 Alhoewel die Amerikaanse voorstel dat gewone verteenwoordigingsbeginsels tot 'n groot mate gebruik word om die probleme in hierdie verband op te los, kan dit selfs met die afwesigheid van die leerstuk van toegerekende kennis nie oplossings in alle gevalle bied nie.

19 Soos gedoen in Australië en Engeland.

Die skepping van die statutêre *Turquand*-reël gaan uiters ingewikkeld wees.²⁰ Daar moet in gedagte gehou word dat sekere beperkings wel by hierdie reël ingebou moet word, ten einde 'n billike afweging tussen die belange van die maatskappy en *bona fide*-derdes tot gevolg te hê.²¹ Die *Turquand*-reël behoort dus nie toepassing te vind in gevalle waar die derde *mala fide* of 'n direkteur van die maatskappy is nie. Die *Turquand*-reël behoort ook nie toepassing te vind in gevalle van vervalsing of waar daar agterdogwekkende omstandighede aanwesig is wat die derde sal noop om verdere ondersoek na die omvang van die verteenwoordiger se volmag in te stel nie.

Bogenoemde aanbevelings sal tot gevolg hê dat die maatskappy, eerder as die derde, die risiko in hierdie gevalle moet dra. Dit is billik aangesien:

- a) die maatskappy oor die bevoegdheid beskik om sy eie maatskappyverteenwoordigers aan te stel;
- b) daar bestaande beperkings op die *Turquand*-reël sal wees; en
- c) die ongemagtigde verteenwoordiger steeds aanspreeklikheid teenoor die maatskappy weens sy vertrouenskendende optrede oploop.

Die konsep *Maatskappywetsontwerp* van 2007 bevat geen statutêre *Turquand*-reël nie, dit blyk dat die wetgewer van die veronderstelling uitgaan dat die afskaffing van die leerstuk van toegerekende kennis daartoe sal lei dat daar geen behoefte meer na die *Turquand*-reël in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg sal ontstaan nie. Hierdie argument kan nie ondersteun word nie.

8. ESTOPPEL²²

Die effek van die leerstuk van estoppel is dat die maatskappy daarvan weerhou sal word om hom op die ware toedrag van sake te beroep indien die derde die volgende kan bewys:

- a) dat die maatskappy met opset of nalatig die wanvoorstelling gemaak het dat 'n agent oor die nodige volmag beskik het om die ooreenkoms namens die maatskappy aan te gaan;

20 Daar sal nie in hierdie proefskrif gepoog word om beslag aan hierdie statutêre bepaling te gee nie, aangesien die opstel van wette 'n hoogs gespesialiseerde veld is waarvan die skrywer van hierdie proefskrif nie genoegsame kennis dra nie.

21 Sien paragraaf 8.

22 Sien hoofstuk 8.

- b) dat die derde as gevolg van hierdie wanvoorstelling gehandel het met die maatskappy;
- c) dat die derde benadeel is as gevolg van sy handeling wat op grond van die wanvoorstelling van die maatskappy aangegaan is.

Daar is in *Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd*²³ beslis dat estoppel die enigste grondslag is waarop die maatskappy gebonde gehou kan word indien die derde met 'n ongemagtigde, maar gebruikelike maatskappyverteenwoordiger 'n kontrak gesluit het. Daar moet ten sterkste met die denkwyse in die *Freeman*-saak verskil word, aangesien hierdie saak die onderskeid tussen die *Turquand*-reël en die estoppelleerstuk totaal geïgnoreer het. Hierdie beslissing het tot enorme verwarring gelei wat die verteenwoordigingsreg in Engeland aanbetref wat na Suid-Afrika deurgesyer het, soos blyk uit die beslissing van *Wolpert v Uitzigt Properties (Pty) Ltd*.²⁴

Die enigste oplossing blyk die kodifikasie van die situasie te wees. Die gemeenregtelike estoppelleerstuk sowel as die *Turquand*-reël moet afgeskaf word en deur statutêre ekwivalente vervang word. Die bewoording van hierdie statutêre estoppelleerstuk sal nie 'n eenvoudige taak wees nie.²⁵ Alhoewel dit aantreklik sou wees om die leerstuk in sy geheel af te skaf, sal die beskerming van *bona fide*-derdes ernstig hierdeur beperk word, aangesien daar wel situasies mag voorkom waar die derde nie beskerming ingevolge die *Turquand*-reël geniet nie en die estoppelleerstuk die enigste alternatief vir maatskappygebondenheid daar mag stel. Die kodifikasie van die estoppelleerstuk sal die voordeel hê dat die twyfelagtige herkoms en ontwikkeling van die leerstuk bestendig sal word en dat hierdie leerstuk sodanig bestuur sal kan word, dat daar nie 'n verbastering tussen die estoppelleerstuk en die *Turquand*-reël sal plaasvind nie.

Die voortbestaan van die estoppelleerstuk (in watter gewaad ook al) sal tot gevolg hê dat 'n maatskappy die risiko loop om gebonde gehou te word aan ooreenkomste wat deur ongemagtigde buitengewone verteenwoordigers gesluit is. Dit blyk regverdigbaar te wees aangesien die maatskappy oor die vermoë beskik om te besluit wie hy as ampsbekleërs aanstel, sowel as die feit dat die verteenwoordiger

23 1964 1 All ER 630 (CA).

24 1961 2 SA 257 W.

25 Daar sal nie in hierdie proefskrif gepoog word om beslag aan hierdie statutêre bepaling te gee nie.

persoonlike aanspreeklikheid oloop teenoor die maatskappy as gevolg van sy vertroueskendende optrede.

Die enkele teleurstellendste aspek van die konsep *Maatskappywetsontwerp* van 2007 blyk die standpunte te wees wat ingeneem word jeens die *Turquand*-reël en die estoppelleerstuk.²⁶ Die wetgewer gaan van die veronderstelling uit dat die afskaffing van die leerstuk van toegerekende kennis daartoe sal lei dat die *Turquand*-reël en die estoppelleerstuk oorbodig sal word in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg en dat die verwarring en probleme wat met die toepassing van hierdie twee regsverskynsels in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg ondervind word, gevolglik in die niet sal verdwyn.

9. SAMEVATTING

Die algemene beginsels van die verteenwoordigingsreg is die fondasie waarop verteenwoordiging in 'n maatskappyregtelike verband in Suid-Afrika plaasvind. Die verteenwoordigingsreg word egter aangepas in maatskappyregtelike konteks aangesien daar unieke behoeftes in hierdie verband ontstaan het. Die uniekheid van die verteenwoordigingsreg kan toegeskryf word aan 'n aantal leerstukke (soos byvoorbeeld die leerstuk van toegerekende kennis, die *ultra vires*-leerstuk, die *Turquand*-reël en die openbaarmakingsbeginsel) wat uitsluitlik in die maatskappyereg ontwikkel het. Daar is in hierdie studie gepoog om die samehang wat daar tussen hierdie leerstukke bestaan te ondersoek. Die werking van die estoppelleerstuk sowel as voorinlywingskontrante is ook in hierdie studie bestudeer.

Daar word 'n hele aantal aanbevelings in hierdie studie gemaak, hulle is onder meer. Eerstens dat artikel 35 van die *Maatskappywet* 61 van 1973 totaal herskryf word ten einde alle onsekerheid met betrekking tot die toepassing van dié artikel uit die weg te ruim. Daar word verder ook voorgestel dat daar in die Suid-Afrikaanse Maatskappyereg insover dit voorinlywingskontrante aanbetref weggedoen word met die gemeenregtelike *stipulatio alteri*.

26 Sien hoofstuk 9 vir 'n volledige bespreking van die estoppelleerstuk en die konsep *Maatskappywetsontwerp* van 2007.

In die tweede plek word daar aanbeveel dat die openbaarmakingsbeginsel in Suid-Afrika uitgebrei en ontwikkel moet word in soverre dit die openbaarmaking van finansiële state en direkteurshandelinge aanbetref. Dit beteken egter nie dat die openbaarmakingsbeginsel uitgebrei moet word ten einde die werking van die leerstuk van toegerekende kennis te versterk nie.

Daar word derdens aanbeveel dat die leerstuk van toegerekende kennis in Suid-Afrika statutêr afgeskaf moet word. Die onbillike werking sowel as die moontlike ongrondwetlikheid van die leerstuk word as die belangrikste redes vir die afskaffing van die leerstuk aangevoer. Daar word in die vierde plek aanbeveel dat die *ultra vires*-leerstuk geheel en al uit die Suid-Afrikaanse maatskappyereg verwyder moet word, en dat die benadering jeens hierdie leerstuk wat in artikel 36 van die *Maatskappywet* 61 van 1973 gevolg word onvoldoende en ondoeltreffend is.

Daar word laastens aanbeveel dat die *Turquand*-reël sowel as die estoppelleerstuk in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg as afsonderlike leerstukke beskou moet word. Daar is egter 'n enorme potensiaal vir die vermenging van hierdie leerstukke geïdentifiseer. Die enigste oplossing blyk die afskaffing van die gemeenregtelike *Turquand*-reël sowel as die estoppelleerstuk te wees. Dit sal egter 'n leemte laat wat gevul moet word deur die kodifikasie van die posisie en die gevolglike skepping van 'n statutêre *Turquand*-reël en estoppelleerstuk wat binne duidelike afgebakende areas toepassing sal vind.

Dit blyk duidelik dat die wetgewer inderdaad verskeie leemtes in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg geïdentifiseer het en 'n bewuste poging in die vorm van die konsep *Maatskappywetsontwerp* van 2007 is aangewend ten einde hierdie leemtes te vul.²⁷ Die konsep *Maatskappywetsontwerp* van 2007 moet in sy geheel ondersteun word aangesien dit in lyn blyk te wees met internasionale tendense wat in hierdie verband bestaan. Verskeie problematiese aspekte betreffende hierdie *wetsontwerp* is egter in hoofstuk 9 geïdentifiseer en moet aangespreek word alvorens hierdie voorgestelde wetgewing sy uiteindelige hoofdoelwit om volgehoue ekonomiese groei in Suid-Afrika te fasiliteer sal bereik.

27 Sien hoofstuk 9 vir 'n volledige bespreking van die konsep *Maatskappywetsontwerp* van 2007.

BIBLIOGRAFIE

1. BOEKE

A

ALLAN A, DELPORT HJ, HENNING JJ AND VILJOEN DJ

1984. *The Close Corporation Act, 1984. A Basic Introduction*. Kenwyn: Juta.

B

BALLANTINE HW

1946. *Ballantine on Corporations*. Revised ed. Chicago: Callaghan

BENNET B

1996. *Australian Corporations Law Guide*. Sixth edition. North Ryde: CCH Australia Limited.

BEUTHIN AND LUIZ SM

2000. *Beuthin's Basic Company Law*. Third edition. Durban: Butterworths.

BLACKMAN MS, JOOSTE RD AND EVERINGHAM GK

2002. *Commentary on the Companies Act*. Cape Town: Juta & Co.

BOWEN M

1995. *Fox and Bowen on The Law of Private Companies*. Second edition. London: Sweet & Maxwell.

BOWER GS

1923. *The Law Relating to Estoppel by Representation*. Butterworths: London.

BOWER GS en TURNER AK

1977. *The Law Relating to Estoppel by Representation*. Third edition. Butterworths: London.

BURCHELL J en MILTON J

2005. *Principles of Criminal Law*. Third edition. Juta: Lansdowne

BURNETT B

1996. *Australian Corporations Law Guide*. Sixth edition. North Ryde NSW: CCH Australia Limited.

C

CESHIRE GC

1976. *Cheshire and Fifoot's Law of Contract*. Ninth edition. Durban: Butterworths.

CILLIERS HS, BENADE ML, (HENNING JJ, BOTHA DH, DE LA REY EM)

1982. *Maatskappyereg*. Vierde uitgawe. Durban: Butterworths.

CILLIERS HS, BENADE ML, HENNING JJ en DU PLESSIS JJ

1993. *Beslote Korporasies: 'n Volledige Gids*. Tweede uitgawe. Durban: Butterworths.

CILLIERS HS, BENADE ML, HENNING JJ, DU PLESSIS JJ, DELPORT PA, DE
KOKER L EN PRETORIUS JT

1992. *Korporatiewe Reg.* Tweede uitgawe. Durban: Butterworths.

2000. *Corporate Law.* Third edition. Durban: Butterworths.

CONARD AF, KNAUSS RL en SIEGEL S

1982. *Corporations Cases, Statutes and Analysis.* Second edition. New York:
Foundation Press.

CURRIE I AND DE WAAL J

2005. *The Bill of Rights Handbook.* Fifth edition. Lansdowne: Juta & Co.

D

DEVENISH GE

2005. *The South African Constitutional Law.* Durban: LexisNexis
Butterworths.

DE VILLIERS JE AND MACINTOSH JC

1956. *The Law of Agency in South Africa.* Second edition. Kaapstad: Juta &
Co.

DE WET JC EN YEATS JP

1964. *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg.* Derde uitgawe.
Durban: Butterworths.

DE WET JC EN VAN WYK AH

1978. *De Wet en Yeats Die Suid-Afrikaanse Kontrakereg en Handelsreg*.
Vierde uitgawe. Durban: Butterworths. (Ook na verwys as De Wet en Yeats
1978).

DINE J

1994. *Company Law*. Second edition. London: Macmillan Press Ltd.

DIXON A

1969. *An Introduction to Mercantile and Commercial Law*. London:
Heinemann

DOOLEY MP

1995. *Fundamentals of Corporation Law*. New York: The Foundation Press
Inc.

E

EVERINGHAM GK AND LOMAX AC

2005. *Financial Accounting*. Sixth edition. Durban: Lexis Nexus Butterworths.

F

FRENSCH HL

1990. *Guide to Company Law*. Third edition. Sydney: Butterworths.

FORDE M

1992. *Company Law*. Dublin: The Mercier Press.

G

GEVURTZ FA

2000. *Corporation Law*. St Paul: West Group.

GIBSON JTR

1985. *South African Mercantile and Company Law*. Fifth edition. Kaapstad: Juta & Co.

GIBSON JTR AND COMRIE RG

1997. *South African Mercantile and Company Law*. Seventh edition. Kaapstad: Juta & Co.

GOWER LCB

1957. *Gower's Principles of Modern Company Law*. Second edition. London: Stevens & Sons.

1969. *Gower's Principles of Modern Company Law*. Third edition. London: Stevens & Sons.

1979. *Gower's Principles of Modern Company Law*. Fourth edition. London: Stevens & Sons.

1992. *Gower's Principles of Modern Company Law*. Fifth edition. London: Stevens & Sons.

GRANGE WJ

1936. *Corporation Law for Officers and Directors*. New York: Ronald Press Company

H

HAHLO HR

1969. *Company Law through the Cases: A Collection of Leading English and South African Cases on Company Law*. Second edition. Cape Town: Juta & Co.

1977. *South African Company Law through the Cases: A collection of Leading English and South African Cases on Company Law*. Third edition. Cape Town: Juta & Co.

HAHLO HR AND KAHN E

1960. *The Union of South Africa, the development of its laws and constitution*. London: Stevens.

HAMILTON RW

1997. *Corporations*. Fourth edition. St. Paul: West Publishing Co.

1998. *Cases and Materials on Corporations including Partnerships and Limited Liability Companies*. Sixth edition. St Paul: West Publishing Co.

2000. *The Law of Corporations in a Nutshell*. Fifth edition. St. Paul: West Publishing Co.

HARMS LTC

2003. *Amler's Precedents of Pleadings*. Sixth edition. LexisNexis Butterworths: Durban.

HONORÉ T AND CAMERON E

1992. *Honoré's The South African Law of Trusts*. Fourth edition. Cape Town: Juta.

J

JOUBERT DJ

1979. *Die Suid-Afrikaanse Verteenwoordigingsreg*. Eerste uitgawe. Kaapstad: Juta & Kie.

K

KERR AJ

1972. *The Law of Agency*. Durban: Butterworths.

1991. *The Law of Agency*. Third edition. Durban: Butterworths.

KAHN E (ed)

1995. *The Quest for Justice* Juta: Kenwyn.

KNIGHT WJL

1989. *The Acquisition of Private Companies*. London: Longman Professionals.

KRAAKMAN RR, DAVIES P, HANSMANN H, HERTIG G, HOPT KJ, KANDA H AND
ROCK EB

2004. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. New York: Oxford University Press.

L

LATTIN ND

1971. *The Law of Corporations*. Second edition. New York: The Foundation Press.

LATTIN ND, JENNINGS RW en BUXBAUM RM

1968. *Corporations: Cases and Materials*. Fourth edition. Illinois: Callaghan.

LEE RW

1953. *An Introduction to Roman Dutch Law*. Fifth edition. Oxford: Clarendon Press.

LINDGREN KE, CARTER JW AND HARLAND DJ

1986. *Contract Law in Australia*. Sydney: Butterworths.

LIPTON P AND HERZBERG A

1984. *Understanding Company Law*. Sydney: The Law Book Company Ltd.

1988. *Understanding Company Law*. Third edition. Sydney: The Law Book Company Ltd.

M

MAASDORP AFS

1958. *Maasdorp's Institutes of South African Law. Vol 3: The law of contracts*. Eighth edition. Cape Town: Juta & Co.

MALAN JF

1986. *Beslote Korporasiereg*. Johannesburg: Lex Patria.

MASON HH

1980. *Casebook on Australian Company Law*. Third edition. Melbourne: Butterworths.

MILNE A (Ed), NATHAN C, SMITH KL, MESKIN PM

1975. *Henochsberg on the Companies Act*. Third edition. Durban:

Butterworths

(Ook na verwys as Henochsberg 1975.)

MESKIN PM (Ed), BLACKMAN MS, GLASER MD, KONYN IE AND

MULLINS SF

1985. *Henochsberg on the Companies Act*. Fourth edition. Durban:

Butterworths. (Ook na verwys as Henochsberg 1985.)

MEYERSON D

1997. *Rights Limited: freedom of expression, religion and the South African Constitution*. Kenwyn: Juta.

MORSE G, MARSHALL EA, MORRIS R AND CRABB L

1999. *Charlesworth and Morse Company Law*. London: Sweet & Maxwell.

N

NAUDÉ SJ

1970. *Die Regsposisie van die Maatskappydirekteur met Besondere Verwysing na die Interne Maatskappyverband*. Durban: Butterworths.

O

O'KELLEY CRT AND THOMPSON RB

1999. *Corporations and Other Business Associations: Cases and Materials*.

Third edition. New York: Aspen Law & Business.

OLECK HL

1959. *Modern Corporation Law*. Vol 2. Indianapolis.

OOSTHUIZEN MJ

1986. *Beslote Korporasie. Byvoegsel tot Suid-Afrikaanse Handelsreg*. Vol III.

Tweede uitgawe. Johannesburg: Lex Patria.

OPPERMAN HRB, BOOYSEN SF, BINNEKADE CS AND OBERHOLSTER JGI

2005. *Accounting Standards*. Eleventh edition. Lansdowne: Juta & Co.

P

PALMER FB

1968. *Palmer's Company Law*. Twenty first edition. London: Stevens.

PATERSON WE AND EDNIE HH

1962. *Australian Company Law*. Sydney: Butterworths.

PENNINGTON RR

1959. *The Principles of Company Law*. London: Butterworths.

1962. *Partnership and Company Law*. London: Butterworths.

1990. *Company Law*. Sixth edition. London: Butterworths.

PRETORIUS JT, DELPORT PA, HAVENGA M AND VERMAAS M

1999. *Hahlo's South African Company Law through the cases*. Sixth edition.

Kenwyn: Juta & Co.

R

RABIE PJ

1992. *The Law of Estoppel in South Africa*. First edition Butterworths: Durban.

RABIE PJ en SONNEKUS JC

2000. *Die Estoppel Leerstuk in die Suid-Afrikaanse Reg*. Tweede uitgawe Butterworths: Durban.

RAUTENBACH IM EN MALHERBE EFJ

2004. *Constitutional Law*. Durban: LexisNexis Butterworths.

ROSE H

1963. *Disclosure in Company Accounts*. Eaton Paper 1 IEA, London: 19

RIDER BAK

1998. *The Corporate Dimension*. Cornwall: Jordan Publishing.

S

SEALY LS

1984. *Company Law and Commercial Reality*. London: Sweet & Maxwell.

SNYMAN CR

1999. *Strafreg*. Vierde uitgawe. Butterworths: Durban.

2002. *Criminal Law*. Fourth edition. Butterworths: Durban.

STARKE JG, HIGGINS PFP AND SWANTON JP

1975. *Case book on the Law of Contract*. Durban: Butterworths.

STRYDOM EML

2000. *Handboek vir Maatskappywetgewing*. Durban: Butterworths.

I

TERREBLANCHE SJ

1994. *'n Geskiedenis van Opeenvolgende Ekonomiese Stelsels*. Eerste uitgawe. Halfweghuis: Southern Boekuitgewers.

TOMASIC R, JACKSON J AND WOELLNER R

1992. *Corporation Law Principles, Policy and Process*. Second edition. Sydney: Butterworths.

V

VAN DER MERWE NJ en OLIVIER PJJ

1966. *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg*. Eerste uitgawe. Van der Walt: Pretoria.

VAN DER MERWE NJ en ROWLAND CJ

1969. *Die Suid-Afrikaanse erfreg*. Eerste uitgawe. Pretoria: Van der Walt

VAN DER MERWE S, VAN HUUSTEEN LF, REINECKE MFB AND LUBBE GF

2003. *Contract General Principles*. Second edition. Lansdowne: Juta & Co.

VAN JAARVELD SR

1974. *Die Leerstuk van Ratifikasie in die Suid-Afrikaanse Verteenwoordigingsreg*. Kaapstad: HAUM.

VAN JAARVELD SR (red.)

1983. *Die Suid-Afrikaanse Handelsreg. Vol III.* Tweede uitgawe.
"Maatskappykonstitusie" deur Oosthuizen. Johannesburg: Lex Patria.

VISSER PJ en POTGIETER JM

1994. *Estoppel: Cases and Materials.* Butterworths: Durban.

VORSTER Q, KOEN M, KOORNHOF C, OBERHOLSTER JGI EN KOPPESCHAAR
ZR

2001. *Beskrywende Rekeningkunde.* Sesde uitgawe. Durban: Butterworths.

2003. *Descriptive Accounting.* Eighth edition. Durban: Butterworths.

VORSTER Q, KOORNHOF C, OBERHOLSTER JGI AND KOPPESCHAAR ZR

2004. *Descriptive Accounting.* Ninth edition. Durban: Butterworths.

W

WILLE G

1961. *Principles of South African Law, being a textbook of the civil law of the
Republic.* Fifth edition. Cape Town: Juta & Co.

WILLIAMS RC

1997. *Concise Corporate and Partnership Law.* Second edition. Durban:
Butterworths.

2. ARTIKELS

B

BAKER RJ

1942. Hildebrand on Texas Corporations – A Review. *Texas Law Review*: 169.

BASSON D

1994. Openbaarmaking. *Corporate Law Development Series* 1:93.

BAXT R

1991. Company Law Reform – The Future, and Fixing Up the Past – The Doctrine of Ultra Vires. *Australian Business Law Review*: 147.

1991. Ultra Vires – Has it Been Revived? *Company and Securities Law Journal*: 101.

1996. Just when you thought it was safe to deal with third parties. *Company and Securities Law Journal* 14:362.

BENADE ML

1962. Opmerkings oor die Turquand-reël. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*: 194.

1972. Exit ultra vires. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*: 281.

BENNETT DA

1990. The Companies Act 1989. Part I. *Journal of the Law Society of Scotland* 35(10):396.

BLACKMAN MS

1975. The Capacity, Powers and Purposes of Companies: The Commission and the New Companies Act. *Comparative and International Law Journal of South Africa* 8:1.

BLOM FWC

1993. Waarden van b.v.-aandelen. *TVVS Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen*. 4: 121.

BOURNE J

2005. Accounting and auditing reform. *Juta's Business Law* 13(3):90.

C

CAMERON E

1982. Legal Chauvinism, Executive-mindedness and Justice – LC Steyn's Impact on South African Law. *South African Law Journal*: 38.

CAMPBELL ID

1959. Contracts with companies (Part 1). *Law Quarterly Review*: 469.

1960. Contracts with Companies (Part 2). *Law Quarterly Review*: 115.

CARPENTER G

2001. Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order (1): The early cases. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 64(4):409-422.

2001a. Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order (2): An important trilogy of decisions. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 64(5):619-642.

2002. Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order (3): The saga continues. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 65(5):37-158.

CARTOON BJ

1980. Taking Advantage of a Corporate Opportunity – The Legacy of *Bellairs v Hodnett*. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*: 67.

CHEFFINS BR

1999. Teaching corporate governance. *Legal Studies Journal* 19:515.

CHESHIRE GC en FIFOOT CHS

1947. Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd. *Law Quarterly Review*: 283.

CILLIERS HS

1964. Die leer van openbaarmaking in die maatskappyereg. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*: 203.

COCKRELL A

1998. The Hegemony of Contract. *South African Law Journal*: 286.

COLLIER JG AND SEALY LS

1973. European Communities Act 1972. *Cambridge Law Journal* 1.

CORBIN AL, TURNER RB AND WOOD FS

1928. Effect of Irregularities in Authority of Corporate Officials to Borrow Money. *Yale Law Journal* 38 (1928 – 1929) 94:96.

D

DAVIS BB

1937. Apparent and Implied Authority of Officers and Agents. *Boston University Law Review*: 176.

DAVIS M

1983. Whither General Accounting Practice? *South African Company Law Journal* 7(4):118.

DE JAGER JJ

2002. Recognition of the interests of bank depositors: the corporate governance dilemma (Part 1). *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*: 205.

2002. Recognition of the interests of bank depositors: the corporate governance dilemma (Part 2). *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*: 713.

DE WET JC

1939. "Estoppel by Representation" in die Suid-Afrikaanse Reg. *Sijthof: Leiden*.

DELPORT JG

1977. Voorinlywingskontrakte – 'n Klip in die bos. *De Jure*: 299.

DU PLESSIS JJ

1991. Maatskappybebondeheid vir die Optrede van Ongemagtigde Maatskappyfunksionarisse. *South African Mercantile Law Journal* 3:281.

1993. The Turquand rule and the Doctrine of Estoppel in South African Law. *CRIC International conference on Future Development of SA Corporate Law*. 30 July 1993. Johannesburg.

DWORKIN R

1977. Taking rights seriously. *Cambridge Mass: Harvard University Press.*

E

EASSON AJ AND SOBERMAN DA

1992. Pre-Incorporation Contracts: Common Law Confusion and Statutory Complexity. *Queen's Law Journal* 17:414.

ECKERT J

1960. Shareholder and Management: A Comparative View on some Corporate Problems in the United States and Germany. *Iowa Law Review*: 12.

EGBERT GA

1986. The Doctrine of Ultra Vires: Recent Developments. *Quarterly International Trade Law Journal* 2:73.

EHRlich MN AND BUNZL LC

1929. Promoter's Contracts. *Yale Law Journal* 38:1011.

ETSEBETH V

2005. Risky Business – risk management in the light of King II: Is your company up for the challenge? *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*: 784.

F

FARRER JH AND POWLES DG

1973. The effect of section 9(1) of the European Communities Act 1972 on English Company Law. *Modern Law Review* 36:270.

FERRAN E

1992. The Reform of the Law on Corporate Capacity and Directors' and Officers' Authority: Part 1. *Company Law* 13:124.

1992. The Reform of the Law on Corporate Capacity and Directors' and Officers' Authority: Part 2. *Company Law* 13:177.

FOURIE JSA

1988. Die wisselwerking tussen Suid-Afrikaanse maatskappyereglerstukke. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 51:218.

1990. Volmagbeperkings en Ultra Vires-handelinge – Aspekte van Artikel 36 van die Maatskappywet in oënskou. *Stellenbosch Law Review*: 388.

1996. Abolition of the Ultra Vires and Related Doctrines. *Corporate Law Development Series* 2:48.

FREDMAN MG

1982. A note on Section 36 of the Companies Act. *South African Law Journal*: 283.

G

GETZ L

1962. Contracts for the benefit of third parties. *Acta Juridica*: 38.

GOWER LCB

1956. Some contrasts between British and American Corporation Law. *Harvard Law Review*: 1369.

GREENFIELD K

2001. A Stakeholder analysis of corporate illegality. *Virginia Law Review* 87:1279.

GRIFFIN S

1991. The effect of the Companies Act 1989 upon ultra vires and unauthorised transactions. *Northern Ireland Legal Quarterly* 42:38.

GRIFFITHS A

1993. Agents without principals: pre-incorporation contracts and section 36C of the Companies Act 1985. *Legal studies*: 241.

GRIGGS L AND NITSCHKE P

1993. Wider Ultra Vires – the Reincarnation of a former Ghost. *Australian Bar Review*: 176.

GROSS JH

1971. Pre-incorporation contracts. *Law Quarterly Review* 87:367.

H

HAHLO HR

1952. Constructive notice of company's constitution. *South African Law Journal*: 69:415.

HANNIGAN M

1987. The Reform of the ultra vires rule. *Journal of Business Law* 13:173.

HEFER JJ

2004. Bilikheid in die Kontraktereg. *Tydskrif vir Regswetenskap* 2:1

HENNING JJ

1983. Handeling van 'n lid en die beoogde aanspreeklikheid van 'n beslote korporasie. *Tydskrif vir Regswetenskap* 2:230.

1984. Die aanspreeklikheid van 'n beslote korporasie vir die handeling van 'n lid en enkele ander aspekte van eksterne verhoudings. *Tydskrif vir Regswetenskap* 9:155.

1986. Beslote Korporasies, Private Maatskappye en Besigheidstrusts. Selektiewe Perspektiewe. *Tydskrif vir Regswetenskap* 1:97.

1986. Aspekte van die Verteenwoordiging van 'n Beslote Korporasie (Deel II). *De Rebus*: 73.

1995. Close Corporations in Southern Africa: The First Decade. No. 23 *Transactions of the Centre for Business Law*: 128.

2007. Close corporations without end. Two remarkable decades of simply "thinking small fast". *Journal for Juridical Science* 32(1): 187-194.

HENNING JJ AND BLEIMSCHEIN MFR

1990. Die neue Unternehmensform der 'Close Corporation' in Süd Afrika. *Recht der Internationalen Wirtschaft*: 627.

HENNING JJ en DU PLESSIS JJ

1993. Kontraksluiting namens 'n vennootskap: 'n ondernemingsregtelike perspektief. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*: 339.

HOVENKAMP H

1988. The Classical Corporation in American Legal Thought. *Georgia Law Journal* 76:1593.

HURTER E

1998. Enkele aspekte rakende die waardasie van aandele by 'n bevel vir die aankoop van aandele ingevolge artikel 252(3) van die Maatskappywet 61 van 1979. *South African Mercantile Law Journal*: 207.

HYLAND SA en SMITH BS

2006. Abuse of the trust figure in South Africa: An Analysis of a number of recent developments. *Boedelbeplanningsreg*: 2006 (1): 1

I

ISAKOW LE

1971. Preplexities of Section 71 of the Companies Act, The recent case. *South African Law Journal* 88:165

J

JOUBERT DJ

1969. Die Waarborg van Volmagbestaan. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 109.

JOOSTE R

1989. When do Pre-Incorporation Contracts have Retrospective Effect? *South African Law Journal* 106:507.

K

KERR AJ AND WYLIE JWC

1943. Contracts in favour of third parties. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 7: 94.

L

LE GALL S

1992. Pre-Incorporation Contracts: Legislation v Common Law. *Anglo-American Law Review* 425.

LINDGREN KE

1972. Development of the Power of the Modern Company Secretary to Bind his Company. *Australian Law Journal* 46:385.

LOMBARD S

2002. 'n Historiese Perspektief op die Ontwikkeling van die Maatskappy as Ondernemingsvorm, met besondere Verwysing na die Posisie van Maatskappyskuldeisers en die Aanspreeklikheid van Direkteure (deel 1). *De Jure* 2:236.

2003. 'n Historiese Perspektief op die Ontwikkeling van die Maatskappy as Ondernemingsvorm, met besondere Verwysing na die Posisie van Maatskappyskuldeisers en die Aanspreeklikheid van Direkteure (deel 2). *De Jure* 1:32.

LUBBE GF

1991. Estoppel, vertrouensbeskerming en struktuur van die Suid-Afrikaanse privaatreë. *Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg* 1:1.

M

MANGALO T

2003. The emergence of corporate governance as a fundamental research topic in South Africa. *The South African Law Journal* 120(1):173.

2006. *Corporate Law Reform – 2006*. SAICA Spring Conference 15 & 16 September.

McLENNAN JS

1979. The ultra vires doctrine and the Turquand rule in company law – a suggested solution. *South African Law Journal* 96:329.

1985. Contracting with close corporations. *South African Law Journal* 102:322.

1986. Demise of the Constructive-notice Doctrine in England. *South African Law Journal* 103:558.

1997. Time for the Final Abolition of the Ultra Vires and Constructive Notice Doctrines in Company Law. *South African Mercantile Law Journal* 9(3):333.

MILMAN D AND EVANS A

1985. Corporate Officers and the Outsider Protection Regime. *Company Lawyer*: 68.

MONTROSE JL

1934. The apparent authority of an agent of a company. *The Law Quarterly Review*: 238.

1968. The apparent authority of an agent of a company in Harold Greyville Honberg. *Precednt in English Law and Other Essays*: 244.

N

NAUDÉ SJ

1971. 'n Nuwe benadering tot die funksie van maatskappydoelstellings. *South African Law Journal*: 505.

1974. Company Contracts: The Effect of Section 36 of the New Act. *South African Law Journal*: 315

1979. Loans or Security by Subsidiaries: The New Section 37 and Abuse of Control. *Moderne Besigheidsreg*: 8.

1982. The need for a new legal form of small business. *Moderne Besigheidsreg* 4:5.

1983. Beslote Korporasie: Die voorgestelde ondernemingsvorm vir kleinsake. *Moderne Besigheidsreg* 5:62.

1984. The South African close corporation. *Tydskrif vir Regswetenskap* 9: 117.

O

OOSTHUIZEN MJ

1971. Artikel 71 van die Maatskappywet 46 van 1926. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 34:298

1978. Aanpassing van die verteenwoordigingsreg in maatskappyverband. Publikasiereeks van die RAU A98:1-15. Johannesburg: RAU.

1978. Tucker's Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Perpellief 1978 2 SA 11 (T). *Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg*: 172.

1979. Aanpassing van die Verteenwoordigingsreg in Maatskappyverband. *Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg* 1.

OLIVIER PJJ

1971. Promissory Estoppel in English and South African Law. *South African Law Journal* : 321.

P

PENNINGTON RR

1987. Reform of the Ultra Vires Rule. *Company Lawyer*: 105.

PRENTICE DD

1980. The Enforcement of Outsider Rights. *Company Lawyer*: 179.

R

RABIE PJ

1996. *Estoppel*. Joubert WA (ed) LAWSA reissue Vol. 9 Butterworths: Durban.

RAJAK H

1995. Judicial Control: Corporations and The Decline of Ultra Vires. *The Cambrian Law Review* 26:9.

RAPHAEL M

2001. Corporate self-regulation – the whole answer, part of the answer or no answer? *International Business Lawyer*: 195.

RAUTENBACH IM

2001. The limitations of rights in terms of the provisions of the bill of rights other than the general limitation clause: a few examples. *Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg* 4:617.

REITH T

1983. The effect of Pre-Incorporation Contracts in German and English Law. *International & Company Law Quarterly* 37:109.

ROHAN-IRWIN RJ

1964. A Managing Director's Contracts. *South African Law Journal* 81:382

S

SCHAEFTLER MA

1983. Ultra vires – Ultra useless: The myth of state interest in ultra vires acts of Business Corporations. *Journal for Corporate Law* 9:81.

SEALY L

1989. More Haste Less Speed. *Company Lawyer* 10:210.

SHAPIRA G

1984. Ultra Vires Redux. *Law Quarterly Review*: 493.

SNEDDON M

1992. Protection of Financiers from Ultra Vires and Related Defenses. *LIJ* 66:70.

STAMP M

1986. Reform of the Ultra Vires Rule: A Consultative Document. *New Law Journal* 136:962.

SWART JDM

1974. Voor-inkorporasie Kontrakte. *De Jure* 7(1):19.

I

TREBILCOCK MJ

1966. Company Contracts. *The Adelaide Law Review* 2:3

U

URQUHART G

1984. The close corporation. *South African Company Law Journal* 8:43.

V

VAN DER MERWE NJ

1964. Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg, 3de uitgawe deur JC de Wet en JP Yeats [boekresensie]. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 37:243.

VAN DER MERWE SWJ en VAN HUUSTEEN LF

1988. A perspective on the elements of estoppel by representation. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Regswetenskap*. Volume 4:568.

VAN DER MERWE SWJ en VAN HUUSTEEN LF

1990. Estoppel by Representation: The ambiguity of an “unambiguous representation”? *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*. Volume 1:86.

VAN HUUSTEEN LF AND VAN DER MERWE SWJ

1990. Estoppel by Representation: The Ambiguity of an ‘Unambiguous Representation’. *Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg*: 86.

VENTER AA

1984. Die ontstaan en eienskappe van die wet op beslote korporasies. *Tydskrif vir Regswetenskap* 9:109.

VILJOEN DJ

1984. Die interne verhoudings tussen die lede inter se en tussen die lede en die beslote korporasie. *Tydskrif vir Regswetenskap* 9:142.

VON WILLICH M

1988. Die uitwerking van artikel 228 van die Maatskappywet 61 van 1973 op die Turquand-reël. *Modern Business Law* 10(7).

W

WAINER HE

2001. The Companies Act Changes – Problems and Doubts. *South African Law Journal* 118(1):133.

WATSON A

1985. Pre-incorporation Contracts in New Zealand Law. *The Journal of Business Law*: 83.

WEDDERBURN KW

1983. Ultra Vires in Modern Company Law. *Modern Law Review*: 204.

WILLEIN J

1984. Ultra Vires...is alive and well and living in Australia. *Victoria Law Institute Journal*: 256.

WOODWARD S

1997. "Ultra Vires" Over Simplified – Changes to Company Powers Under the Second Corporate Law Simplification Bill. *Company and Securities Law Journal* 15:162.

3. SKRIPSIES, VERHANDELINGS EN PROEFSKRIFTE

B

BENADE ML

1964. *Die ultra vires-leerstuk in die Maatskappyereg*. Proefskrif. Pretoria: Universiteit van Suid-Afrika.

BLACKMAN MS

1970. *The Fiduciary Doctrine and its Application to Directors of Companies*. Dissertation. Cape Town: University of Cape Town.

C

CRONJE PJ

1977. *Voor-inkorporasie Kontrakte met besondere Verwysing na Artikel 35 van die Maatskappywet 61 van 1973*. LLB-verhandeling. Bloemfontein: Universiteit van die Oranje-Vrystaat.

CILLIERS JG

1987. 'n Kritiese evaluasie van artikel 36 van die Maatskappywet (nommer 61 van 1973). LLM-verhandeling. Pretoria: Universitet van Suid-Afrika.

D

DELPORT JG

1976. A Critical Contemplation of Pre-incorporation contracts in Company Law. Dissertation. Port Elizabeth: University of Port Elizabeth.

DE WET JC

1940. *Die ontwikkeling van die ooreenkoms ten behoeve van 'n derde*. Leiden: Doktorale Proefskrif.

DU PLESSIS JJ

1990. *Maatskappyregtelike Grondslae van die Regsposisie van Direkteure en Besturende Direkteure*. Proefskrif. Bloemfontein: Universiteit van die Oranje Vrystaat.

G

GROBLER ME

1989. *'n Ondersoek na die voortgesette behoud van die leerstuk van toegerekende kennis in die Maatskappyereg*. LLM-skripsie. Pretoria: Universiteit van Suid-Afrika.

H

HAVENGA MK

1995. *Fiduciary Duties of Company Directors with Specific Regard to Corporate Opportunities*. Proefskrif. Pretoria: Universiteit van Suid-Afrika.

HURTER E

1996. *Aspekte van Statutêre Minderheidsbeskerming in die Suid-Afrikaanse Maatskappyereg*. Proefskrif. Pretoria: Universiteit van Pretoria.

J

JEAHNE C

2006. *Legal comparison between the Osutj African Close Corporation and the German 'Gesellschaft mit besschränkter Haftung'*. Bloemfontein: Universiteit van die Vrystaat.

JOUBERT DJ

1968. *Die Verpligtinge van die Verteenwoordiger in die Suid-Afrikaanse Reg*. Ongepubliseerde proefskrif. Pretoria: Universiteit van Pretoria.

O

OOSTHUIZEN MJ

1976. *Die Turquand-reël in die Suid-Afrikaanse Maatskappyereg*. Proefskrif. Pretoria: Universiteit van Suid-Afrika.

P

PRETORIUS JT

1985. *Aanspreeklikheid van Maatskappy-ouditeure teenoor Derdes op grond van Wanvoorstelling in die Finansiële State*. Proefskrif. Johannesburg: Randse Afrikaanse Universiteit.

S

SNYMAN E

2000. *Die Behoeftte aan 'n Algemene Hervormende Suid-Afrikaanse Vennootskapswet. 'n Regsvergelykende Studie*. Proefskrif. Bloemfontein: Universiteit van die Oranje-Vrystaat.

W

WANDRAG MS

1997. *The distinction between Private and Public Companies in South African Company Law: A historical analysis and comparative evaluation.*

Proefskrif. Bloemfontein: Universiteit van die Oranje-Vrystaat.

4. VERSLAE

A

1992. American Law Institute. Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations.

B

Bekendstelling van die Maatskappywetsontwerp 2007. Bekendstelling deur die Department Handel en Nywerheid. Hierdie bekendstelling en bespreking is gedoen op die 16de Maart 2007 aan die Portefeuljekomitee: Handel en Nywerheid, Parlement, Kaapstad

C

CADBURY REPORT

1992. Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance.

COHEN REPORT

1945. Report of the Committee on Company Law Amendment. Cmd 6659/1945.

CONSULTATION PAPER NO. 121

1991. Law Commission of England.

G

GOWER LCB

1961. Final Report of the Commission of Enquiry into the Working and Administration of the present Company Law of Ghana. Accra: Government Printer.

GREENBURY REPORT

1995. Directors' Remuneration. Report of a Study Group Chaired by Sir Richard Greenbury.

I

2004. International Accounting Standards Board. International Financial Reporting Standards (IFRSs) including International Accounting Standards (IASs) and interpretations as at 31 March 2004. London.

J

JENKINS REPORT

1962. Report of the Company Law Amendment. Cmd 1749/1962.

K

KING REPORT (KING I)

1994. King Report on Corporate Governance (Report of a Committee on Corporate Governance headed by ME King SC, Institute of Directors, Johannesburg).

KING REPORT (KING II)

2002. King Report on Corporate Governance (Report of a Committee on Corporate Governance headed by ME King SC, Institute of Directors, Johannesburg).

M

MINOGUE REPORT

1979. Report No.8, Pre-Incorporation Contracts, Law Reform Commissioner of Victoria (Melbourne, Victoria).

N

NAUDÉ SJ

1995. Oor Beslote Korporasies. Bloemfontien: Universiteit van die Vrystaat. Sentrum vir Ondernemingsreg, (ongepubliseerd).

P

PRENTICE DD

Reform of Ultra Vires Report.

V

VAN WYK DE VRIES-KOMMISSIE

1970. Kommissie van Onderzoek na die Maatskappywet. Hoofverslag (RP 45/1970).

1972. Kommissie van Onderzoek na die Maatskappywet. Aanvullende verslag (RP 31/1972).

5. WETGEWING

A

Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977 (Australia)

Associations Incorporations Act 1981 (Vic Australia)

Auditing Professions Act 26 of 2005

B

Wet op Binnekennistransaksies 135 van 1998

Wet op Beslote Korporasies 69 van 1984

Beslote Korporasies Wysigingswet 38 van 1986

Beslote Korporasies Wysigingswet 26 van 1997

Beslote Korporasies Wysigingswet 25 van 2005

Broadcasting Act 1942 (Australia)

Broadcasting Amendment Act 1987 (Australia)

Business Corporations Act 1975 (Canada)

Business Corporations Act 1970 (Ontario)

Wet op Beheer van Effekte-trustskemas 54 van 1981

C

Companies Act 1844 (England)

Companies Act 1862 (England)

Companies Act 1900 (England)

Companies Act 1907 (England)

Companies (Consolidation) Act 1908 (England)

Companies Act 1908 (England)

Companies Act 1929 (England)

Companies Act 1948 (England)

Companies Bill 1973 (England)
Companies Act 1985 (England)
Companies Act 2006 (England)
Companies Code 1981 (Australia)
Companies Act 1989 (Australia)
Company Law Review Bill 1997 (Australia)
Company Law Review Act 1998 (Australia)
Corporations Law 1989 (Australia)
Corporations Act 2001 (Australia)
Companies Code 1952 (Ghana)

E

European Communities Act 68 of 1972
Europese Gemeenskap Riglyn 68/151 9/3/68 DJ 1868 L65/8

G

General Corporations Act 1927 (Ohio)
Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika Wet 108 van 1996

I

Incorporated Private Partnership Act 152 of 1962 (Ghana)
Internal Revenue Code 1954 (USA)

J

Joint Stock Companies Act 1844 (England)
Joint Stock Companies Limited Liability Act 23 of 1861 (Cape)

L

Landbankwet 13 van 1944

Law of Properties Act 1925 (England)

Legal Practice Act (Vic Australia)

Limited Liability Act 1855 (England)

M

Maatskappywet 31 van 1909 (Transvaal)

Maatskappywet 46 van 1926

Maatskappywysigingswet 23 van 1939

Maatskappywysigingswet 46 van 1952

Maatskappywet 61 van 1973

Maatskappywetsontwerp 2007.

Model Act 1950 (USA)

Model Business Corporations Act 1950 (USA)

Model Business Corporations Act 1971 (USA)

Model Business Corporations Act 1984 (USA)

N

New York General Incorporation Statute van 1811

O

Ohio General Corporations Act 1927

P

Partnership Act 1890

S

Second Corporate Law Simplification Bill 1996 (Australia)

Securities Services Act 34 van 2004

I

Transvaalse Maatskappyewet 31 van 1909

U

Uniform Business Corporations Act 1928

V

Wet op Vervreemding van Grond 68 van 1981

6. REGSPRAAK

A

A.P. Smith Manufacturing Co v Barlow 13 N.J. 145, 98 A.2d 581 (1953)

Abrahamse v Connock's Pension Fund 1963 2 SA 76 W

ABSA Bank Ltd v IW Blumberg en Wilkinson 1997 3 SA 669 A

Ackerman v Burland and Milunsky 1944 WLD 172

Adams v Smith 153 So.2d 221 (Ala. 1963)

Advanced Bank Australia Ltd v Fleetwood Star Pty Ltd & Anor (1992) 10 ACLC 703

Advanced Bank v FAI 1987 5 ACLC 725

Alley v Courtesy Wholesalers (Pty) Ltd 1996 3 SA 134 N

Amalgamated Investment and Property Co Ltd (in liquidation) v Texas Commerce

International Bank Ltd 1982 QB 84

American Anchor and Chain Corporation v United States 331 F 2d 860 US Ct Cl
1964

ANZ Executors & Trustee Co Ltd v Quintex Australia Ltd 1990 2 ACSR 676

ANZ Executors & Trustee Co Ltd v Quintex Australia Ltd 1990 8 ACLC 980

Aris Enterprises (Finance) (Pty) Ltd v Protea Assurance Co Ltd 1981 3 SA 274 A

Ashbury Railways Carriage and Iron Co v Riche 1875 LR 7 HL 653

Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd 1981 2 SA 173 T

Attorney-General v Great Eastern Railway (1880) 5 App Cas 473 HL

Attorney-General v Mersey Railway Co 1907 1 Ch 81 HL

Austin v Michigan Chamber of Commerce S.Ct. 1990

Australia and New Zealand Banking Group Ltd & Anor v Australian Glass and Mirrors
Pty Ltd & Anor 1991 9 ACLC 702

Australian Capital Television Pty Ltd v Minister for Transport and Communications for
the Commonwealth of Australia & Ors 1989 7 ACLC 525

Avery v Worldwide Testing Services Pty Ltd 1990 2 ACSR 835

Pty Ltd & Anor 1991 9 ACLC 702

B

B & B Hardware Distributors (Pty) Ltd v Administrator, Cape 1989 1 SA 957 A

B Ligget (Liverpool) Ltd v Barclays Bank Ltd 1928 1 KB 48

Badgerhill Properties Ltd v Cottrel [1991] BCC 463

Bagradi v Cavendish Transport Co (Pty) Ltd 1959 1 SA 663 D

Bagot Pneumatic Tyre Co v Clipper Pneumatic Tyre Co 1901 1 Ch 196

Bagot Pneumatic Tyre Co v Clipper Pneumatic Tyre Co 1902 1 Ch 146

Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another 1988 3 SA 580 A

Barclays Bank v TSOG Trust Fund [1984] BCLC 16

Barclays Finance Holdings Ltd v Sturgess & Ors 1985 3 ACLC 662

Baumann v Thomas 1920 AD 428

Bay v Illawarra Stationary Supplies Pty Ltd (1986) 4 ACLC 429

Bellairs v Hodnett 1978 1 SA 1109 A

Bell Houses Ltd v City Wall Properties Ltd (1966) 2 QB 656

Benjamin Plumbing Inc v Barnes 470 NW 2d 888 (Wis 1991)

Big Dutchman (South Africa) (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd 1979 3 SA 267W

Biloden Properties (Pty) Ltd v Wilson 1946 NPD 736

Black v Harrison Home Co 99 P 494 (Cal 1909)

Black v Smallwood 1966 117 CLR 52

Black v Smallwood [1966] ALR 744

Blackburn v Witter 201 Cal App 2d 518

Blackie Swart Argitekte v Van Heerden 1986 1 SA 249 A

Blower v Van Noorden 1909 TS 890

Borstlap v Spangenberg 1974 3 SA 695 A

Botha v Van Niekerk 1983 3 SA 513 W

Brick and Pipe Industries Ltd v Occidental Life Nominees Pty Ltd & Ors (1991) 9
ACLC 324

Brinson v Mill Supply Co 219 N.C. 498, 14 S.E.2d 505 (1914)

British Thompson Houston Company v Federated European Bank 1932 2 KB 176
(CA)

Brownett v Nevton 1941 64 CLR 439

Build-a-Brick BK v Eskom 1996 1 SA 115 O

Burnstein v Yale 1958 1 SA 768 W

C

Calder-Potts v Mc Millan 1956 3 SA 360 OK

Central Merchant Bank Ltd v Oranje Benefit Society 1975 4 SA 588 O

Central Transportation Co v Pullman's Palace Car Co 139 UC 24, 59 (1891)

Chambers v Beaver-Advanced Corporation 140 A.2d 808 (Pa. 1958)

Chapleo v Brunswick Building Society (1881) 6 QBD 696

Clifton v Tomb 21 F. 2d 893 (4th Cir 1927)

Coleman v Eastern Counties Railway Company (1846) 10 Beav 1 50 ER 481

Collen v Wright (1857) 8 E&B (120 ER241)

Collins v Commissioner for Inland Revenue 1990 4 SA 619 D

Colonial Bank v Candy 15 App Cas 279

Commissioner for Inland Revenue v Estate Crewe 1943 AD 674

Commonwealth Bank of Australia v Australian Solar Information Pty Ltd & Ors (1987)
11 ACLR 380

Company Stores Development Corp v Pottery Warehouse Inc 733 SW 2d 886 (Tenn
Ap – 7.16p 1987)

Connock's (SA) Motor Co Ltd v Sentraal Westelike Ko-operatiewe Maatskappy Bpk
1964 2 SA 47 T

Coopers & Lybrand v Fox 758 P 2d 683 (Colo App 1988)

Cotman v Brougham (1918) AC 514

Cotronic (UK) Ltd v Dezonite (t/a Wendaland Builders Ltd) [1991] BCC 200

County of Gloucester Bank v Rudry Merthyr Steam and House Coal Colliery Co 1895
1 Ch 629

County of Knox v Aspinwell 21 How 539 US 1585

Covington Housing Development Corporation v City of Covington 381 F Supp 427
(ED Ky 1974), aff'd 513 F 2d 630 (6th Cir 1959)

Crispette and Candy Co Ltd v Michaelis 1948 1 SA 404 W

Criterion Properties PLC v Stratford UK Properties Llc, Aubrey Glaser & Criterion-
Stradford Umbrella Group Ltd; 17 June 2004, House of Lords

Cullerne v London and Suburban General Permanent Building Society (1890) 25
QBD

D

Darvall v North Sydney Brick and Tile Co Ltd 1988 6 ACLC 1095
David v Southern Import Wine Co 171 So 180 (La App 1936)
De Franca v Exhaust Pro CC 1996 4 All SA 503 SE
De Villiers v Jacobsdal Saltworks 1959 3 SA 873 O
De Villiers v Pretoria Municipality 1912 TDP 626
Diplock v Wintle [1948] 2 All ER 318
Dowdle v Central Brick Co 1934 206 Ind 242
Driftwood Properties (Pty) Ltd v Mclean 1971 3 SA 591 A
Du Plessis v Semmelink 1976 2 SA 500 T
Durban City Council v Gelnore Supermarket and Café 1981 1 SA 470 D

E

East Anglian Railways Co v Easton Counties Rail Co 1851 11 CB 775
Edwards v Haliwell (1950) 2 All ER 1064 (CA)
Electricity Meter Manufacturing Co Ltd v Manufacturer's Products Pty Ltd 1930 30
SR NSW 422
Electrolux Pty Ltd v Khota & Another 1961 4 SA 244 W
Eley v Positive Government Security Life Assurance Co (1876) 1 EXD 88
Erasmus v Pentamed Investments (Pty) Ltd 1982 1 SA 178 W
Ernest v Nicholls (1857) 6 HL Cas 401, 10 ER 1351
Evans v Brunner Mond & Co Ltd [1921] 1 Ch 359

E

Farrar v Geldenhuis Main Reef GM Co Ltd 1908 TH 16
Farren v Sun Services SA Photo Trip Management (Pty) Ltd 2003 2 All SA 406 C
Firbank's Executors v Humphrey's (1886) 18 QBD 54
First National Bank v Bellotti S.Ct. 1987

FJ Neale (Glasgow) Ltd v Vickery 1971S.L.T. (Sh.Ct.) 88
Forder, Ritch and Eriksson v Engar's Heirs 1973 1 SA 719 N
Foss v Harbottle (1843) 2 Hare 461 67 ER 189
Foster v London, Chatham & Dover Railway Co [1895] 1 QB 711 CA
Fourie v Minister of Home Affairs 2005 3 BCLR 241 SCA par
Fraizer v Ash 234 F 2d 320 (5th Cir 1956)
Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd 1964 2 QB 480
Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd 1964 1 All ER 630
(CA)
Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Properties (Magal) Ltd 1964 2 QB 480
Frick v Howard 126 NW 2d 619 (Wis 1964)

G

Gatenby v Gatenby 1996 3 SA 118 E
Gay v Hudson River Electric Power Co 190 Fed 773 NDNY 1911
Gaybelle Investments (Pty) Ltd v Hermer 1951 1 SA 486 W
Geany v Portion 117 Kalkheuwel Properties CC 1998 1 SA 622 T
General Overseas Films Ltd v Robin Intern Inc 542 F Supp 684 (SDNY 1982)
Gohlke en Schneider v Westies Minerale 1970 2 SA 685 A
Goodman v Darden, Doman & Strafford Associates 100 Wash 2d 476, 670 P2d 648
(1983)
Goodman V Darden, Doman & Strafford Associates 670 P 2d 648 (Wash 1983)
Goodman v Ladd Estate Co, 427 P.2d 102 (Or. 1967)
Goodrickes v Hall 1978 4 SA 208 N
Goss v EC Goss & Co Pty Ltd 1970 1 SA 602 D
Grosvenor Motors (Potchefstroom) Ltd v Douglas 1956 3 SA 420
Gründling v Beyers 1967 2 SA 131 W

H

Hallet v Dowdall (1852) 21 L.J.Q.B. 98
Hamman v Moolman 1968 4 SA 340 A
Harksen v Lane NO 1998 1 SA 300 CC
Harris v Milam 389 P 2d 638 (Okla 1964)
Hartogh v National Bank 1907 TS 1092
Hauptfleisch v Caledon Divisional Council 1963 4 SA 53 K
Hawke's Bay Milk Corporation v Watson 1974 1 NZLR 236
Herbert v Sullivan 123 F.2d 477 (1st Cir.1941)
Herschel v Murpe 1954 2 SA 464 A
Hessler Inc v Farrell 226 A 2d 708 (Del 1967)
Hick v Raymond [1983] AC 22
Hickman v Kent or Romney Marsh Sheep Breeders' Association (1951) 1 Ch 881
Hoisan v Wynberg Municipality 1916 CPD 194
Hompes v Beaumont Estate Co Ltd 1903 TS 223
Houghton and Co v Norhard Lowe and Wills 1927 1 KB 246 (CA)
Houghton and Co v Norhard Lowe and Wills 1928 AC 1
Howard v Herrigel 1991 2 SA 660 A
Howard v Patent Ivory Manufacturing Co 1888 38 Ch D 156
Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum [1974] 2 All ER 1126 (PC)
Hungerfords & Ors v Walker & Ors 1989 60 ALR 119

I

Indrieri v Du Preez 1989 2 SA 721 C
Insurance Trust and Investments (Pty) Ltd v Mudaliar 1943 NPD 45
Inter-Continental Finance and Leasing Corporation (Pty) Ltd v Stands 56 and 57
Industria Ltd 1979 3 SA 740 W
International Sales and Agencies Ltd v Marcus 1982 3 All ER QBD 551

Irvin & Johnson Ltd v Oelofse Fisheries Ltd 1954 1 SA 231 E

J

Jacksonville M P. Ry & Nav Co v Hooper 160 U.S. 514 (1896)

Jenkins v Henderson (1849) 13 QBD 744

JM & JH Robertson v Beatson, M'Leod & Co Ltd 1908 S.C. 921

Johaadien v Stanley Porter (Paarl) (Pty) Ltd 1970 1 SA 394 A

K

Kelner v Baxter 1866 LR 2 CP 174

Kelly v Bell 254 A.2d 62 (Del.Ch. 9169)

Keystone Leasing Corporation v Peoples Protective Life Insurance Co 514 F Supp
841 (ED NY)

Khani v Premier, Vrystaat 1999 2 SA 863 O

Kidd v Thomas A Edison Inc 239 F 405 (SNDY) 408 242 F 923 (2d Cir 1917)

Kirkup v Anaconda Amusement Co 1921 59 Mont 469

Kridelbaugh v Aldrehn Theatres Co 1923 195 Iowa 147, 191 NW 803 (1923)

L

Land and Agricultural Bank of South Africa v Parker 2005 2 SA 77 SCA

Latham v Sher 1974 4 SA 687 W

Lee v Jenkins Bros. 268 F 2d 357 (2d Cir 1959)

Legg and Co v Premier Tabacco Co 1926 AD 132

Levy and Others v Zalrut Investments (Pty) Ltd 1986 4 SA 479 W

Lindner v National Bakery (Pty) Ltd 1961 1 SA 372 O

Low v Bouverie (1891) 3 Ch 82, [1891-1894] All ER 348;

Lloyd v Grace Smith & Co 1912 AC 716

Lodge v Modern Motors Ltd 1957 4 SA 103 SR

Louisville NA&C Railway v Louisville Trust Co 174 US 552 19 Supreme Court 817
1898

Louw v Bowrie (1891) 3 Ch 82, [1891-1894] All ER 348

Lurie v Arizona Fertilizer & Chemical Co, 421 P.2d 330 (Ariz. 1966)

Lyford and Anor v Media Portfolio Ltd and Ors 1989 ACLC 271

M

Maberley v Woodstock Municipality 1901 18 SC 443

Mahoney (Public Officer of National Bank of Ireland) v East Holyfield Mining Co Ltd
1874 80 All ER 427 (HL)

Mahoney v The East Holyford Mining Co (Ltd) (1875) LR 7 HL Cas 869

Malcolm v Cooper 1974 4 SA 52 C

Malherbe v Britstown Municipality 1949 1 SA 281 K

Mann v Sydney Hunt Motors (Pty) Ltd 1958 2 SA 102 GW

Marblestone Industries v Fairchild 1975 1 NZLR 543

Marshall Industrials Ltd v Khan 1959 4 SA 684 D

Martian Entertainments (Pty) Ltd v Berger 1949 4 SA 583 E

McCulloch v Fernwood Estate Ltd 1920 AD 204

McArthur v Times Printing Co 48 Minn. 319, 51 N.W. 216 (1892)

McDaniel v Service Feed and Supply Inc 271 Md 371, 316 A2d 800 (Md Ct App
1974)

McNeil v Portion 231 Rietfontein (Pty) Ltd 1978 1 PH E4 T

Melhado v Porto Alegre Rail Co (1874) LR 9 CP 503

Merriman v Williams 1880 Foord 135

Meyers v El Tejon Oil and Refining Co 29 Cal 2d 184, 174 P 2d 1 1946

Michael v Caroline's Frozen Yoghurt Parlour (Pty) Ltd 1999 1 SA 624 W

Mine Workers' Union v Broderick 1948 4 SA 959 A

Mine Workers' Union v Prinsloo 1948 3 SA 831 A

Minister of Finance v Van Heerden 2004 6 SA 121 CC
Mohamed v Ravat Bombay House (Pty) Ltd 1958 4 SA 704 T
Monkland v Jack Barclay [1951] 2 KB 252
Monzali v Smith 1929 AD 382
Moorgate Mercantile Co Ltd v Twitchings [1975] 3 All ER 314 (CA)
Moosa NO v Mavjee Bhawan (Pty) Ltd 1967 3 SA 131 T
Morris v Knassen 1946 AC 459
Moss Steamship Co Ltd v Whinney 1912 AC 254
Mossel Bay Municipality v Ebrahim 1952 1 SA 567 K

N

Natal Land and Colonization Co v Pauline Colliery and Development Syndicate 1904
AC 120 (PC)
National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice 1999 1 SA 6 CC
National and Overseas Distributors v Potato Board 1958 2 SA 473 A
Ncqula v Muller's Book Shop 1960 4 SA 300 OK
Nebendahl v Schroeder 1937 SWA 48
Newborne v Sensolid 1954 1 QB 45
The New York Fireman Insurance Company v Sturges 2 Cowen 664 (NY 1824)
Nicolua v Navarone Investments (Pty) Ltd 1971 3 SA 888 W
NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk v Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk
1969 3 SA 82 T
Nordis Construction Co (Pty) Ltd v Theron Burke and Isaac 1972 2 SA 535 D
Northside Developments Pty Ltd v Registrar-General and Ors 1990 2 ACSR 161
Novick v Comair Holdings Ltd 1979 2 SA 116 W

O

O'Rorke v Geary 56 A 541 (Pa 1903)

Oakland Nominees (Pty) Ltd v Gelria Mining and Investments Co (Pty) Ltd 1976 1 SA 441 A

Old Dominion Copper Mining & Smelting Co v Bigelow 89 NE 193 (Mass 1909)

Old Dominion Copper Mining & Smelting Co v Lewisohn 210 US 206, 28 SC 634 (1908)

Oranje Benefit Society v Central Merchant Bank Ltd 1976 4 SA 659 A

Orgee v Orgee 1997 EGCS 152

Oshkosh B'Gosh Inc v Dan Marbel Inc (1988) 4 BCC 795

P

Pacific Coast Coal Mines Limited v Arbuthnot 1917 AC 607 (PC)

Paddon and Brock Ltd v Nathan 1906 TS 158

Pakes v Thurpp & Co 1906 TS 741

Pandor's Trustee v Beatley & Co 1935 TPD 358

Paradise Lost Properties v Standard Bank of SA Ltd 1997 2 SA 815 D

Patakh Centre (Pty) Ltd v Stern NO 1987 1 SA 259 D

Peak Lode Gold Mining Co Ltd v Union Government 1932 TPD 48

People v The Utica Insurance Company 15 Johns 357 (NY 1818)

Perlam v Zoutendyk 1934 CPD 151

Phame (Pty) Ltd v Paizes 1973 3 SA 397 A

Phonogram Ltd v Lane [1982] QB 938

Pledge Investments (Pty) Ltd v Kramer: *In re Estate Selesnik* 1975 3 SA 696 A

Poort Sugar Planters (Pty) Ltd v Minister of Lands 1963 3 SA 352 A

Potchefstroom Dairies and Industries Co Ltd v Standard Fresh Milk Supply Co 1913 TPD 506

Potchefstroom se Stadsraad v Kotze 1960 3 SA 616 A

President of the Republic of South Africa v Hugo 1997 4 SA 1 CC.

Prince v President, Cape Law Society 2002 2 SA 794 CC

Progress Advertising (NZ) Ltd v Auckland Licensed Victuellers Industrial Union of Employers 1957 NZLR 1207

Q

Quaker Hill, Inc v Parr 148 Colo 45, 364 P 2d 1056 (1961)

Quinn and Co Ltd v Witwatersrand Military Institute 1953 1 SA 155 T

R

R v Kysant [1932] 1 KB 442 C.C.A.

Racec (Mooifontein) (Pty) Ltd v Devonport Investment Holding Co (Pty) Ltd 1976 1 SA 299 W

Railways Carriage and Iron Co v Riche 1875 LR 7 HL 653

Rama Corporation Ltd v Proved Tin and General Investments Ltd 1952 1 All ER 554 (KB)

Rand Advance (Pty) Ltd v Scala Café 1974 1 SA 786 D

Real Estate Capital Corporation v Thunder Corporation 287 N.E2d 838 (Ohio Com.Pleas 1972)

Regal (Hastings) v Gulliver [1942] 1 All ER 378 (HL)

Registrar-General v Northside Developments Pty Ltd 1988 14 ACLR 543 SC (NSW)

Registrar-General v Northside Developments Pty Ltd 1989 7 ACLC 52

Resisto Dairy (Pty) v Auto Protection Insurance Co Ltd 1963 1 SA 632

Rita Joan Dairies Ltd v Thompson [1974] NZLR 285

Rolled Steel Products (Holdings) Ltd v British Steel Corp 1985 (3) All ER 52 CA

Rolled Steel Ltd v British Steel Corporation 1986 Ch 246 1983 3 All ER 52

Rolled Steel Products (Holdings) Ltd v British Steel Corp 1986 Ch 246

Roodepoort Settlement Committee v Retief 1951 1 SA 73 O

Rosebank Television & Appliance Co (Pty) Ltd v Orbit Sales Corporation (Pty) Ltd

1969 1 SA 300 T

Rossouw and Steekamp v Dawson 1920 AD 173

Rover International Ltd v Cannon Film Sales Ltd 1987 3 BCC 369

Rover International Ltd v Cannon film Sales Ltd 1987 BCLC 540

Royal British Bank v Turquand (1856) 6 E&B 327

Ruben v Great Fingall Consolidated 1906 AC 439 (HL)

Rumball v Metropolitan Bank 2 QBD 194

S

S v De Jager 1965 2 SA 616 A

S v Makwanyane 1995 (3) SA 391 (CC); 1995 (6) BCLR (CC)

S v Manamela 2000 3 SA 1 CC

S v Ressel 1968 4 SA 224 A

SA Securiteis v Nicholas 1911 TPD 450

Saflec Security Systems (Pty) Ltd v Group Five Building (East Cape) (Pty) Ltd 1990 4

SA 626 E

Scheepers v Strydom 1989 2 SA 778 NK

Scientific Holding Co Ltd v Plessey Incorporated 510 F 2d 15 (2d Cir 1947)

Scott v Lord Elbury 1867 LR 2 CP 255

Semer v Retief & Berman 1948 1 SA 182 C

Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk v NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk

1970 3 SA 367 A

Sherwood & Roberts-Oregan Inc v Alexander 296 Or 389, 525 P 2d 135 (1974)

Shwartz v United Merchants & Manufacturers 72 F 2d 256 (2d Cir 1934)

Sibex Construction (SA) (Pty) Ltd v Injectaseal CC 1988 2 SA 54 T

Simons v Patchett (1857) 7 E1 B1 568

Simm v Anglo-American Telegraph Co [1879] 5 QBD 188 (CA)

Simpson v Westminster Palace Hotel Co. (1860) H.L. Cas. 712
Smith v The Alabama Life Insurance and Trust Company, 4 (Ala 558 1843)
Smith v The Hull Glass Company 11 CB Rep 897 (138 ER 729) 1852
Smith v The Hull Glass Company 8 CB Rep 668
Smit v Smit's Executrix (1897) 14 SC 142
Sinclair v Brogham [1914] AC 398
Sparks & Young Ltd v John Hoatson (1906) 27 NLR 634
Square D Co v CJ Kern Contractors Inc 1984 318 SE 2d 527
Stanley J How & Associates Inc v Boss 222 F Supp 936 (SD Iowa 1963)
State v Stebbins 1 Stew 299 (Ala 1828)
Stewart Realty Co v Keller 118 Ohio App 49, 193 NE 2d 179 (1962)
Strathsomers Estate Co Ltd v Nel 1953 2 SA 254 E
Strydom v Die Land- en Landboubank van Suid-Afrika 1972 1 SA 801 A
Sugden v Beaconhurst Dairies (Pty) Ltd 1963 2 SA 174 E
Surveyor-General (Cape) v Estate De Villiers 1923 AD 588
Swart v Mbutzi Development (Edms) Bpk 1975 1 SA 544 T

I

TCB Ltd v Gray 1986 1 All ER 587 (Ch)
TCB Ltd v Gray 1987 Ch 458
Taylor v Cichester and Midhurst Railway Co (1867) LR 2 Exch 356
Theodora Holding Corporation v Henderson 257 A.2d 398 (Del. Ch 1969)
Timmers v Spansteel (Pty) Ltd 1979 3 SA 242 T
Tousche v Metropolitan Railway Earehousing Co 1871 6 Ch App 671
Tracy v Mandalay Pty Ltd (1953) 88 CLR 215
Trever Investments (Pty) Ltd v Friedhelm Investments (Pty) Ltd 1982 1 SA 7 A
Trust Bank van Afrika Bpk v Eksteen 1964 3 SA 402 A
Trust Bank of Africa v Appletime Engineering (Pty) Ltd 1981 1 SA 374 D

Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Perpellief 1978 2 SA 11 T

Twenty Seven Bellevue CC v Hilcove 1992 4 SA 523 N

U

Union Government v National Bank of South Africa Ltd 1921 AD 121

Union Government v Vianini Ferro-Concrete Pipes (Pty) Ltd 1941 AD 43

Union Government (Minister of Railways and Harbours) v Landau & Co 1918 AD 388

Union Pac. Railroad Co v Trustees Inc. 329 P.2d 398 (Utah 1958)

United South African Association Ltd v Cohn 1904 TS 733

V

Van Blommenstein v Holliday 1904 SC 11

Van Rooyen v S (General Council of the Bar of South Africa Intervening) 2002 5 SA
246 CC

Visser v Van Tonder 1986 2 SA 500 T

Volkscas Beleggingskorp v Oranje Benefit Society 1978 1 SA 45 A

Vrystaat Mielies (Edms) Bpk v Nieuwoudt 2003 2 SA 262 A

W

Wackrill v Sandton International Removals (Pty) Ltd 1984 1 SA 282 W

The Wandsworth and Putney Gas- and Light and Coke Co v Wright (1870) 22 LT 404

Waterval Estate and Gold Mining Co Ltd v New Bullion Gold Mining Co Ltd 1905 TS
171

Weedon v Bawa 1959 4 SA 735 D

Weeks v Propert (1873) LR 8 CP 427

Welgedacht Exploration Co Ltd v Transvaal and Delagoa Bay Investment Co Ltd
1909 TH 90

Westcom Radio Group Ltd v Mac Isaac *et al.* 1989 63 DLR (4th edition) 433

Whitehead v Broderick Properties Ltd 1971 2 SA 576 T

Whittenton Mills v Upton 76 Mass. 582 (1858)

Wiley v African Realty Trust Ltd 1908 TH 104

Wilson v Blanck 1909 TS 344

Wolpert v Uitzigt Properties (Pty) Ltd 1961 2 SA 257 W

Wright v Williams (1891) 8 SC 166

Y

Yucca Mining & Petroleum Co v Howard C Phillips Oil Co 365 P 2d 925 (NM 1961)

RE

Re Birbeck Permanent Benefit Building Society [1912] 2 Ch 183

Re Claridge's Patent Asphalte Co Ltd [1921] 1 Ch 543

Re Empress Engineering Co 1880 16 ChD 125

Re English and Colonial Produce Co Ltd 1906 2 Ch 435 CA

Re Halt Garage (1964) Ltd [1982] 3 All ER 1016

Re Halt Garage Ltd 1982 3 All ER 1016

Re Hereford and South Wales Waggon and Engineering Co 1876 2 ChD 621

Re Horsley & Weight Ltd 1982 Ch 422 1982 3 All ER 1045

Re Lee Behrens & Co Ltd [1932] 2 Ch 46

Re National Motor Mail Coach Co Clinton's Claim 1908 2 Ch 515

Re Northumberland Avenue Hotel Co 1886 33 ChD 16

Re Scottish Petroleum Co (1883) 23 Ch D 413

In re

In re Athenaeum Life Assurance Society; Ex Parte The Eagle Insurance Co (1858) 4

K&J 549

In re Athenaeum Life Assurance Society; Ex Parte The Eagle Insurance Co 549; 70 ER 229

In re Country Life Assurance Company 1869 70 LR Ch App 288

In re Drive-In Development Corporation 371 F 2d 215 (7th Cir 1966)

In re Faure Electrical Accumulator Company (1889) 40 ChD 141

In re Fireproof Doors Ltd; Unmey v The Company 1916 2 Ch 142

In re General Provident Assurance Co Ltd 1869 38 LJ Ch 583

In re Jon Beauforte (London) Ltd 1953 Ch 131

In re Paarl Bank (1891) 8 SC 132

In re Reynolds Vehicle & Harness Factory Ltd 1906 23 SC 703

In re Westec Corp 434 2d 195 (5th Cir 1970)

Ex Parte

Ex Parte Bothma 1979 2 SA 1177 NK

Ex Parte Elands Properties (Pty) Ltd 1945 TPD 37

Ex Parte Premier Paper Ltd 1981 2 SA 612 W

Ex Parte Vickerman 1935 CPD 429

7. WEBTUISTE

<http://www.austlii.edu.au>. Toegang op 17 Oktober 2006.

http://www.cipro.gov.za/about_us/registration_stats.asap. Toegang op 14 November 2006.

<http://www.dti.gov.za>. Toegang op 2 Maart 2007.

<http://www1.law.umkc.edu/library/IACL2006/ProtectingLegitimateExpectations/IIA4%2520South%2520Africa.pdf>. Toegang op 15 November 2006.

<http://www.polity.org.za>. Toegang op 17 Oktober 2006.

<http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006a.htm>. Toegang op 10 Desember 2006.

OPSOMMING

VERTEENWOORDIGING IN 'N SUID-AFRIKAANSE MAATSKAPPYREGTELIKE VERBAND: 'N REGSHISTORIESE EN REGSVERGELYKENDE ONDERSOEK

Die algemene beginsels van die verteenwoordigingsreg is die fondasie waarop verteenwoordiging in 'n maatskappyregtelike verband in Suid-Afrika plaasvind. Die verteenwoordigingsreg word egter aangepas in maatskappyregtelike konteks aangesien daar unieke behoeftes in hierdie verband ontstaan het. Die uniekheid van die verteenwoordigingsreg kan toegeskryf word aan 'n aantal leerstukke (soos byvoorbeeld die leerstuk van toegerekende kennis, die *ultra vires*-leerstuk, die *Turquand*-reël en die openbaarmakingsbeginsel) wat uitsluitlik in die maatskappyereg ontwikkel het. Daar is in hierdie studie gepoog om die samehang wat daar tussen hierdie leerstukke bestaan te ondersoek.

Die gemeenregtelike posisie met betrekking tot verteenwoordiging in Suid-Afrika was oorspronklik in wese die erkenning van die Romeins-Hollandse posisie aangaande direkte verteenwoordiging gekoppel aan die omvangryke stel reëls in verband met die verhouding tussen die verteenwoordiger en die prinsipaal.

Die verhouding tussen prinsipaal en verteenwoordiger is slegs in breë trekke in die Romeins-Hollandse reg gereël. Daar het 'n sterk behoefte ontstaan na die ontwikkeling van die verteenwoordigingsreg in Suid-Afrika. Hierdie behoefte het tot gevolg gehad dat daar na die Engelse reg gegryp is, in stede dat daar by kontinentale stelsels (wat 'n nouer verbintenis met die Romeins-Hollandse reg het) vir hulp aangeklop is. Dit het tot gevolg dat alhoewel die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg 'n Romeins-Hollandse basis het, dit sterk deur die Engelse reg beïnvloed is. Hierdie verbastering het tot die verryking van die Suid-Afrikaanse maatskappy- en verteenwoordigingsreg gelei. Daar is ongelukkig verskeie probleme ondervind en die vraag kan baie duidelik gevra word of die kool werklik die sous werd was?

Indien daar na die stand van beslote korporasies gekyk word, sowel as na ander regstelsels, is dit ongelooflik dat die wetgewer nog nie aanpassings op die gebied van

maatskappyverteenwoordiging aangebring het, ten einde die ernstige gebreke waaronder die Suid-Afrikaanse maatskappyereg gebuk gaan aan te suiwer nie.

Daar is in hierdie ondersoek gepoog om moontlike oplossings vir die vele knelpunte in die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg in maatskappyregtelike verband voor te stel. Die ondersoek is deurgaans regsvergelykend van aard onderneem, met spesifieke aandag wat geskenk is aan die regsposisies in Engeland, Australië en die VSA.

AGENCY IN A SOUTH AFRICAN COMPANY LAW CONTEXT: A HISTORICAL AND COMPARATIVE INVESTIGATION

The general principles of the law of agency form the basis of representation in South African company law. A unique set of agency principles have however developed in company law as a result of specific needs that arose from the application of certain company law doctrines (for example the doctrine of constructive notice, *ultra vires* doctrine, doctrine of disclosure and the *Turquand* rule) in this field of study. An attempt is made to elucidate the contiguity of these doctrines.

The common law position regarding agency was originally regulated by the Roman Dutch principle of direct agency. This was coupled with extensive regulations regarding the relationship between principal and agent. These regulations have not provided a solution to the questions regarding agency in a modern society. A very strong need for the development of South African agency law arose as a result of this. English law provided the source for the development of the South African law of agency. The result of the development is that the law of agency in South Africa has a Roman Dutch base, but is strongly influenced by English law principles in this regard. The hybridisation of the South African legal position has provided some solutions. It must however be noted that this process has also created numerous problems. The question can be posed whether the game is worth the candle.

If the position regarding agency is considered in other jurisdictions as well as in the law of close corporations it is clear that the only solution seems to be that the legislature has to remedy the situation. This has however not been done in South Africa.

The South African law of agency in a company context is plagued by many difficulties. Possible solutions for these problems are provided. The research has been done on a comparative basis. The legal positions in Australia, England and the USA have been selected for this purpose.

SLEUTELWOORDE / KEYWORDS

ultra vires doctrine

Turquand rule

estoppel

doctrine of disclosure

doctrine of constructive notice

agency

representation

capacity of a company

pre-incorporation contracts

close corporation